

Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem

DISSERTATION

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

WALTER HEUSSER
von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem

DISSERTATION

**der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WALTER HEUSSER

von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1949.

Der Dekan:
Prof. Dr. K. Käfer.



*Meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507215_0079

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	9
1. Kapitel: Die Entwicklung der öffentlichen Betriebsverwaltung	11
I. Das Eindringen des wirtschaftlichen Elementes in die öffentliche Verwaltung	11
A. Die Uebernahme wirtschaftlicher Aufgaben durch Staat und Gemeinden	11
B. Die Aufnahme des Wirtschaftlichkeitsprinzips in die öffentlichen Verwaltungsbetriebe	14
II. Die Organisation der öffentlichen Betriebsverwaltung	18
A. Öffentliche Anstalten und Unternehmungen	18
B. Die «gemischtwirtschaftliche» Unternehmung	20
C. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Organisationsformen	23
1. Die rechtsorganisatorische Entwicklung der öffentlichen Verwaltungsbetriebe	23
2. Die ursprünglichen Organisationsformen des öffentlichen Rechts	25
3. Die neuen Organisationsformen des Privatrechts	26
2. Kapitel: Die Problematik der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen für öffentliche und gemischte Unternehmungen	33
I. Der Widerspruch mit dem Sinn des Privatrechts	33
II. Rechtsstaatliche Bedenken	39
3. Kapitel: Die Eingliederung der privatrechtlich organisierten öffentlichen und gemischten Unternehmungen in das rechtsstaatliche Verwaltungssystem	53
I. Begriff und Funktion der öffentlichen Verwaltung	53
A. Öffentliche Interessen und öffentliche Verwaltung	53
B. Die Rechtsfunktionen der öffentlichen Verwaltung	60
C. Öffentliche Verwaltung und öffentliche Gewalt	64
II. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verwaltung	72
A. Sinn und Zweck der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts	72
B. Das Kriterium der Unterscheidung	78
C. Die Identität von öffentlicher und öffentlichrechtlicher Verwaltung	86
III. Die Rechtsnatur der öffentlichen Betriebsverwaltung	92
A. Die Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung	92
B. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verbände	94
C. Der öffentliche Rechtscharakter öffentlicher und gemischter Verwaltungsbetriebe	101
D. Die Anwendung privatrechtlicher Normen als öffentliches Recht	109
Schlusswort	111

LITERATURÜBERSICHT

- Arbenz: Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. Diss. Zürich 1929.
- Bühler: Begriff und Formen der öffentlichrechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut. Diss. Zürich 1928.
- Brunner: Gerechtigkeit. 1943.
- Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 2. Aufl. 1944.
- Methode und System des Rechts. 1936.
- Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung von 1874. 3. Aufl. 1931.
- Egger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Bd. I. Einleitung und Personenrecht. 1930.
- Engeli: Die Schweizerische Nationalbank. Die rechtliche Natur ihrer Organisation und ihrer Funktionen. Diss. Zürich 1944.
- Erb: Rechtsstellung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Bankunternehmen in der Schweiz. Diss. Zürich 1938.
- Fleiner: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 1928. (Neudruck 1939.)
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht. 1923.
- Einzelrecht und öffentliches Interesse. 1908.
- Frank: Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung. Diss. Zürich 1919.
- Geering: Zum Rechtsbegriff «Anstalt». (Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 42, S. 121 ff.)
- Geffcken: Das Gesamtinteresse als Grundlage des Staats- und Völkerrechts. 1908.
- Gerber: Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form. Diss. Zürich 1928.
- Giacometti: Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts. 1924.
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes. 1933.
- Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone. 1941.
- Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht. 1932.
- Holliger: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht. Diss. Zürich 1904.
- Hug: Die rechtliche Organisation der öffentlichen Unternehmungen. (Festgabe F. Fleiner 1937, S. 131 ff.)
- Die Problematik des Wirtschaftsrechts. 1939. (Veröff. d. Handelshochschule St. Gallen, Reihe A, Heft 15.)
- Hultegger: Die Tätigkeit der öffentlichen Gemeinwesen der Schweiz auf wirtschaftlichem Gebiet. 1929.
- Jellinek G.: Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 1929.
- System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892.
- Jellinek, W.: Verwaltungsrecht. 1928.
- Jéze: Principes généraux du Droit administratif. 1930.
- Kägi: Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips. Diss. Zürich 1937.
- Kaufmann: Der Schutz des öffentlichen Rechts. (Veröff. der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2, S. 114 ff.)
- Kelsen: Allgemeine Staatslehre. 1925.
- Reine Rechtslehre. 1934.
- Kleiner: Die öffentlichen Sparkassen als private Unternehmungen, als unselbständige und als selbständige öffentliche Anstalten. Diss. Heidelberg 1930.
- Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1912.
- Köttgen: Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht. (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 59.)

- Liefmann: Die Unternehmungsformen. 1928.
- Mayer O.: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I und II. 1924.
- Meier: Die Anwendung privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht. (Archiv des öffentl. Rechts, n. F. 11, S. 230 ff.)
- Nawiasky: Allgemeine Rechtslehre. 1941.
- Obrecht: Ueber die Rechtsnatur der schweiz. Kantonalbanken. Diss. Zürich 1936.
- Oftinger: Von der Aufhebung der Privatautonomie und der Aushöhlung des Privatrechts. (Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 57, S. 683a ff.)
- Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht. (Schweiz. Jur. Zeitg. 35, S. 98 ff.)
- Richter: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt. (Veröff. der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, H. 6.)
- Riegner: Die Verwirklichung von Staatszwecken mit privatrechtlichen Mitteln. Diss. Basel 1934.
- Rosin: Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. 1886.
- Ruck: Schweizerisches Verwaltungsrecht. Bd. I und II. 1939/1942.
- Schweizerisches Staatsrecht. 1933.
- Saitzew: Die öffentlichen Unternehmungen der Gegenwart. 1930.
- Siegwart: Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch. Bd. V, 4. T. Die Personengesellschaften. 1938.
- Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch. Bd. V. 5. T. Die AG und GmbH. 1945.
- Terhalle: Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung. (Landmann: Moderne Organisationsformen der öffentl. Unternehmung, 1. Teil, S. 323 ff.)
- von Tuhr: Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts. Bd. I. 1924.
- Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910.
- Ulbrich: Der Rechtsbegriff der Verwaltung. (Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, hrsg. v. Grünhut, Bd. 9, S. 1 ff.)
- Wieland: Handelsrecht, Bd. II. 1931.
- Zwahlen: Des sociétés commerciales avec participation de l'Etat. Diss. Lausanne 1935.

EINLEITUNG

Die heutige Rechts- und Wirtschaftsordnung kennzeichnet sich in zunehmendem Masse durch Tendenzen, die gegen die überlieferten Prinzipien des Liberalismus, gegen Handels- und Gewerbefreiheit, gegen Vertrags- und Organisationsfreiheit gerichtet sind. Antiindividualistischen Ideologien folgend tritt der Staat mehr und mehr als Machtfaktor im Wirtschaftsleben auf, engt die staatsfreie Sphäre im Bereiche der wirtschaftlichen Tätigkeit fortschreitend ein und beschränkt die Privatautonomie der einzelnen Rechtssubjekte. Eine der prägnantesten unter den vielgestaltigen Erscheinungen in diesem Umwandlungsprozess der Wirtschaftsordnung ist die Einengung des privaten ökonomischen Wirkungsfeldes durch die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand. Sie vollzog sich ursprünglich vorwiegend in den Organisationsformen des öffentlichen Rechts, erfolgt nun aber seit einigen Jahrzehnten in zunehmendem Masse mit den Mitteln und in den Formen des Privatrechts. Das Gemeinwesen will durch diese Verwendung der privatrechtlichen Gesellschafts- und Vertragsformen den von Privatpersonen gebildeten Verbänden völlig gleichgestellt erscheinen, um wie diese nach privatwirtschaftlichen und privatrechtlichen Prinzipien seine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben und sich so der für die hoheitliche staatliche Verwaltung geltenden öffentlichrechtlichen Bindungen zu entledigen.

Diese «Flucht von Staat und Gemeinde ins Privatrecht» (Fleiner) liess sich formell ohne Schwierigkeiten durchführen und wurde daher auch in hohem Masse vollzogen, ohne dass man sich der eminenten grundsätzlichen Bedeutung dieser Erscheinung bewusst geworden wäre. Man fand sich damit ab, dass der Staat als Privatperson mit seinen Bürgern in Beziehung treten könne und stellte sich die Frage nicht, ob dieser privatrechtliche Deckmantel, unter dem das Gemeinwesen nun seine öffentlichen Aufgaben erfüllte, nicht einerseits mit dem Wesen des Privatrechts in Widerspruch stehe und anderseits gegen die Prinzipien verstosse, welche für den Rechtsstaat bei der Wahrnehmung öffentlicher Interessen massgebend sein müssen.

Die vorliegende Arbeit will diese Frage prüfen. Es stellt sich dabei das Problem, wie das Auftreten des Gemeinwesens in den privatrechtlichen Formen heute rechtlich beurteilt werden muss, da man sich nun einmal mit dieser Erscheinung abzufinden hat und sie nicht einfach aus der Welt schaffen kann. Selbstverständlich kann es sich nicht darum handeln, das Rad der Entwicklung zurückzudrehen, wenn wir zur Auffassung gelangen sollten, dass die Verfolgung öffentlicher Zwecke durch das Gemeinwesen unter Verwendung privatrechtlicher Mittel einen Verstoss gegen anerkannte Rechtsprinzipien darstelle. Es wäre ein sinnloses Unterfangen, wollte man beispielsweise ein in die Form der Aktiengesellschaft gekleidetes öffentliches Unternehmen in eine öffentlichrechtlich organisierte Anstalt mit typisch verwaltungsmässiger Prägung verwandeln, um einem Prinzip treu zu bleiben, das durch die tatsächlichen Verhältnisse längst überholt ist. Wenn es sich erwiesen hat, dass die ursprünglichen öffentlichrechtlichen Organisationsformen der unselbständigen und selbständigen öffentlichen Anstalt für die Bedürfnisse der staatlichen Wirksamkeit nicht mehr genügten und daher neue, der wirtschaftlichen Tätigkeit besser angepasste Formen verwendet werden mussten, die bis anhin nur in der Privatwirtschaft zu finden waren, so bleibt als wissenschaftliche Aufgabe lediglich die Lösung des Problems, wie diese neuen Erscheinungen juristisch zu charakterisieren seien, um für die praktisch wichtige Frage der Beurteilung nach privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Grundsätzen die erforderliche Basis zu schaffen. Die grundlegende Aufgabe dieser Arbeit wird daher sein, ein grundsätzliches Kriterium für die Differenzierung der Verbände des öffentlichen und des privaten Rechts zu finden, um darnach die Frage beantworten zu können, ob die Unternehmen der öffentlichen Hand, die in Privatrechtsformen in Erscheinung treten, entsprechend dieser Form als privatrechtliche Verbände zu betrachten seien, oder ob sie entgegen ihrer Rechtsform, mit Rücksicht auf den internen öffentlichen Charakter als öffentlichrechtliche Institute behandelt werden müssen.

1. Kapitel

DIE ENTWICKLUNG DER ÖFFENTLICHEN BETRIEBSVERWALTUNG

I. Das Eindringen des wirtschaftlichen Elementes in die öffentliche Verwaltung

A. Die Uebernahme wirtschaftlicher Aufgaben durch Staat und Gemeinden

Dem Grundgedanken des Liberalismus, auf dem unser Wirtschaftssystem aufgebaut ist, entspricht die Auffassung, dass wirtschaftliche Tätigkeit prinzipiell eine Angelegenheit der Privatpersonen sei. Der Staat hat sich höchstens dann auf wirtschaftlichem Gebiet aktiv zu betätigen, wenn die Güter und Leistungen, die für die Gesellschaft erforderlich sind, von privaten Unternehmern wegen fehlender oder ungenügender Rentabilität nicht produziert werden¹. Im übrigen soll der Einzelne unter dem Schutze verfassungsrechtlich garantierter Freiheitsrechte, frei von staatlichen Bindungen, über seine persönlichen und sachlichen Mittel ungehindert verfügen und so seine ökonomische Tätigkeit nach eigenem Belieben entfalten können. Insbesondere soll die Handels- und Gewerbefreiheit dafür Gewähr bieten, dass die einzelnen Privatwirtschaftssubjekte gegen Eingriffe des Staates in ihren wirtschaftlichen Wirkungsbereich geschützt sind.

Allein, schon in der Blütezeit des Liberalismus, in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, ja teilweise bereits schon früher, zeigten sich Anfänge einer Entwicklung, die im Laufe der Jahrzehnte zu einer weitgehenden Einschränkung der privatwirtschaftlichen Freiheitssphäre geführt hat. Der Staat, dessen Aufgabe es bis dahin gewesen war, die rechtlichen Grundlagen für das wirt-

¹ Saitzew, Oeff. Untern., S. 18.

schaftliche Handeln des freien Unternehmers zu schaffen und für die Durchsetzung der im Wirtschaftsverkehr erworbenen Ansprüche besorgt zu sein, begann in steigendem Masse ordnend und regulierend in die private Wirtschaftssphäre einzugreifen. Es genügte ihm dabei nicht, vermittels zwingender gesetzgeberischer Erlasse auf die ökonomische Tätigkeit der Privatpersonen unter Berufung auf die Notwendigkeit der Wahrnehmung öffentlicher Interessen einschränkend einzuwirken, sondern er erschien in einzelnen Wirtschaftsgebieten selbst als Träger von Unternehmungen, trat also selbst in den von Privatpersonen gebildeten Kreis der wirtschaftlichen Unternehmerschaft, um auf diese Weise seine wirtschafts- und sozialpolitischen Ziele zu verwirklichen.

Dieser letzteren Form des staatlichen Interventionismus liegt die Auffassung zugrunde, dass der Staat alle jene Tätigkeiten übernehmen solle, die die privaten Unternehmer überhaupt nicht oder nur weniger gut oder doch kostspieliger oder schliesslich nur mit bedenklichen sozialen und politischen Folgen ausüben können². Es ist die im engen Sinne wirtschaftspolitisch begründete Forderung der ökonomischen Tätigkeit der öffentlichen Körperschaften. Das Bedürfnis der Wahrnehmung sozialwirtschaftlicher Interessen führt Staat und Gemeinden dazu, dort mit eigener wirtschaftlicher Tätigkeit in den privaten Wettbewerb einzugreifen, wo das private Unternehmertum nicht Gewähr dafür bietet, dass es diese an der betr. Leistung bestehenden Gesamtinteressen in genügender Weise wahren wird.

Auf das wirtschafts- und sozialpolitische Motiv lassen sich die meisten Gründungen öffentlicher Betriebe zurückführen. Besonders augenfällig tritt es dort in Erscheinung, wo die aus der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit resultierende unumgängliche Monopolstellung des Unternehmers, die ihm die Beeinflussung der gesamten Wirtschaft eines Gebietes erlaubte, enorme Gefahren der willkürlichen und eigennützigen Betriebsführung in sich barg³. Nur dadurch, dass solche Wirtschaftszweige ganz in die öffentliche Hand gelegt oder mindestens durch dieselbe mitverwaltet wurden, waren die nötigen Voraussetzungen zur Zweckerfüllung im Interesse der Gemeinwirtschaft gegeben. So entstanden vor allem öffentliche Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke, sowie Nachrichten- und Verkehrs-

² Saitzew, S. 20.

³ Saitzew, S. 21 ff.

betriebe⁴. Ebenfalls von Einfluss für die Einbeziehung solcher Betriebe in die öffentliche Wirtschaft mochte das Bedürfnis nach einer einheitlichen Organisation ihrer im Interesse einer ganzen Gebietseinheit liegenden wirtschaftlichen Funktion sein⁵. Neben dem bereits erwähnten Fall, da der Staat mangels privater Initiative die Herstellung eines lebenswichtigen Erzeugnisses selber besorgen muss, wird es auch immer wieder vorkommen, dass das Gemeinwesen volkswirtschaftlich notwendige Betriebe übernimmt, weil die privaten Unternehmer nicht in der Lage sind, dieselben finanziell durchzuhalten. In neuerer Zeit spielt auch der Wunsch des Staates nach vermehrtem Kontakt mit der Wirtschaft eine Rolle, den er durch die Mitwirkung seiner Unternehmungen in den privaten Verbänden und Kartellen am zweckmässigsten erreicht⁶. Schliesslich wäre noch das Argument der Bekämpfung der wirtschaftlichen Ueberfremdung zu erwähnen, indem die öffentliche Unternehmung den Einfluss ausländischer Kapitalisten auf landeswichtige Unternehmungen verunmöglicht⁷.

Im übrigen sind noch Gründe für die Betätigung der öffentlichen Hand auf wirtschaftlichem Gebiete anzuführen, die glücklicherweise in der Schweiz noch keine wesentliche Bedeutung erlangt haben, die aber, da sie ganz auf der politischen Ebene liegen, besondere Beachtung verdienen. Es sind die Fälle der auf reine Sozialisierungsabsichten und Machtbedürfnisse des Staates zurückzuführenden Entstehung öffentlichwirtschaftlicher Betriebe⁸. Wo die öffentliche Hand aus solchen Motiven heraus in das Gebiet der privaten Wirtschaft eingreift, ist es um die Idee des liberalen Wirtschaftssystems schlecht bestellt; denn hier handelt es sich nicht mehr bloss um eine wirtschafts- und sozialpolitisch begründete Intervention des Staates, um eine durch die Wahrung von Gesamtinteressen gerechtfertigte Einschränkung der privaten Wirtschaftsfreiheit, sondern hier wird an den Grundlagen des liberalen Staates gerüttelt und gegen seine

⁴ Gerber, Oeff. Untern. in pr. r. Form, S. 30; Saitzew, S. 24 f. Neuestens wurde in diesem Sinne die «SWISSAIR» in eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung umgewandelt.

⁵ Gerber, S. 30.

⁶ Saitzew, S. 26.

⁷ Dieses Motiv spielte z. B. bei der Verstaatlichung der schweiz. Eisenbahnen eine grosse Rolle. Saitzew, S. 26.

⁸ Richter, Verw. Recht d. öff. Anstalt. (Veröff. d. Vereinig. d. deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 6, S. 73 ff.)

auf der Anerkennung der individuellen Freiheit beruhenden Prinzipien verstossen. Wo die Wirtschaft nicht mehr durch die Initiative des Einzelnen belebt wird, sondern durch die Macht des Staates in Gang gehalten werden soll, befinden wir uns nicht mehr auf dem Boden einer freiheitlichen Staatsidee. Für unser Land dürfte die revidierte Fassung der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung den Willen des Verfassungsgesetzgebers deutlich zum Ausdruck bringen, dass zwar der Staat in gewissen Fällen zum Schutze der Gemeininteressen in die private Wirtschaft intervenieren soll, dass dieser aber niemals das Recht hat, den liberal-individualistischen Charakter der Volkswirtschaft im Grundsatz aufzuheben, indem er z. B. Wirtschaftszweige verstaatlicht, lediglich um sie der Hand privater Unternehmer zu entreissen, ohne aber dafür einen gerechtfertigten wirtschafts- oder sozialpolitischen Grund zu besitzen.

B. Die Aufnahme des Wirtschaftlichkeitsprinzips in die öffentlichen Verwaltungsbetriebe

In neuerer Zeit bildet einen praktisch sehr bedeutungsvollen Grund für die Errichtung öffentlicher Betriebe das Erwerbsinteresse des Gemeinwesens. Als in den ersten Jahrzehnten des vergangenen Jahrhunderts die ersten öffentlichen Anstalten in der Hand von Gemeinden geschaffen wurden¹, dachte noch niemand daran, aus ihnen einen Ertrag für die Gemeindekasse herauszuwirtschaften. Massgebend war lediglich die Erfüllung des sozialwirtschaftlichen Zweckes. Auch als man sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts staatlicherseits um die öffentliche Wirtschaftstätigkeit zu kümmern begann, spielte die Wirtschaftlichkeit der staatlichen Unternehmen noch kaum eine Rolle. Leitmotiv war auch hier die Wahrung sozialwirtschaftlicher Interessen. Erst gegen die Jahrhundertwende machte sich eine Veränderung im Wirtschaftszweck der Staatsbetriebe geltend. Neben die Wahrnehmung von Gesamtinteressen, neben den wirtschafts- und sozialpolitischen Zweck trat nun als wesentliches Motiv der öffentlichen Betriebsführung das Erwerbs-

¹ Die Gründung der Sparkasse der Stadt Zürich fällt z. B. schon in das Jahr 1805.

interesse des Gemeinwesens². Die allgemeine Geldknappheit des öffentlichen Finanzhaushaltes in den letzten Jahrzehnten hat dieser Entwicklung besonders starken Auftrieb verliehen. Die öffentliche Wirtschaftstätigkeit beschränkt sich nun nicht mehr auf die Vermittlung im Allgemeininteresse liegender Leistungen, ohne auf die Wirtschaftlichkeit dieser Funktionen Rücksicht zu nehmen, sondern sie geht darauf aus, einen Ertrag herauszuwirtschaften, der wenigstens eine günstige Verzinsung des investierten Kapitals ermöglicht oder doch immerhin die Kosten zu decken vermag.

Die Gewinnabsicht kann sogar selbständiges Motiv der Gründung staatlicher oder kommunaler Betriebe sein. Der öffentliche Zweck des Staates und seiner Unterabteilungen lässt zwar erwarten, dass durch die öffentliche Wirtschaftstätigkeit durchwegs ein öffentlicher Zweck verfolgt werde, dass dieselbe auf die Wahrung von Allgemeininteressen gerichtet sei, wie anderseits der Unternehmenstätigkeit der Privatpersonen eine egoistisch motivierte wirtschaftliche Zwecksetzung entspricht. Allein, diese Regel der adäquaten Zweckbestimmung privater und öffentlicher Subjekte und Organisationen trifft nicht durchwegs zu. So wenig der Private seine wirtschaftlichen Leistungen immer aus eigennützigen Motiven darzubieten braucht, so wenig hält sich der Staat immer an gemeinnützige Prinzipien. Nicht nur sind die Fälle zahlreich, wo das Gemeinwesen neben der Vermittlung im Gesamtinteresse liegender wirtschaftlicher Leistungen auf die Gewinnung finanzieller Erträge ausgeht, wo es also für seine Wirksamkeit ein Entgelt verlangt, das ihm die Erzielung eines Ueberschusses gewährleistet, sondern Staat und Gemeinden treten auch als Unternehmer im Wirtschaftsleben auf in der reinen Absicht, durch Erringung eines grösstmöglichen Ertrages eine wesentliche Einnahmequelle für den öffentlichen Finanzhaushalt zu erschliessen³. Vielfach stehen ihnen dabei zur Erreichung dieser finanziellen Zwecke die Vorteile eines Monopoles zur Verfügung, wodurch das Gemeinwesen in den Genuss einer solch konstanten und ausgiebigen Einnahmequelle gelangt, dass deren Erträgen finanzwirtschaftlich die Bedeutung indirekter Steuern zukommt⁴.

² Gerber, S. 26; Saitzew, S. 15; Fleiner, Inst. d. Verw. R. S. 121.

³ Gerber, S. 15 f. Ob das Gemeinwesen von Verfassungsrechts wegen zum Betriebe solcher Unternehmungen berechtigt sei, bleibe hier dahingestellt. Vgl. S. 50.

⁴ Gerber, S. 16, 31.

Das Eindringen ertragswirtschaftlicher Prinzipien in die Betriebe der öffentlichen Hand hat diesen wirtschaftlichen Verwaltungsorganisationen eine eigenartige Prägung gegeben, die besonders bei jenen in der Praxis hauptsächlich vertretenen Typen mit gemischter Zweckverfolgung augenfällig wird⁵. Die Verbindung ertragswirtschaftlicher Betriebsführung mit der Wahrnehmung öffentlicher Interessen im selben Unternehmen führt nämlich zu einem fortgesetzten Spannungsverhältnis zwischen den beiden sich widerstrebenden Prinzipien der Zweckerfüllung. In Zeiten sehr guter Geschäftsergebnisse wird das Unternehmen sich kaum um des allgemeinen Interesses willen von seiner gewinnbringenden Betriebsführung abwenden lassen, indem es den Preis seiner Leistungen herabsetzt. Zur Rechtfertigung seiner Gewinne wird es die fiskalische Seite seiner wirtschaftlichen Funktion besonders hervorheben, während es den öffentlichen Zweck als untergeordnet bezeichnet. Umgekehrt wird aber jedes öffentliche Unternehmen, das Verluste erleidet, darnach trachten, dieselben als Folge seiner Wahrnehmung von Gesamtinteressen darzustellen, um sie gegenüber der Öffentlichkeit rechtfertigen zu können. Eine eindeutige Abklärung des Verhältnisses von privat- und sozialwirtschaftlichen Interessen der öffentlichen Unternehmungen und damit eine Beseitigung des in diesen Betrieben stets latenten Konfliktes zwischen den beiden Wirtschaftsprinzipien ist u. E. nur dann möglich, wenn die Rechtsstellung der betreffenden Unternehmen so präzise umschrieben wird, dass kein Zweifel bestehen kann, ob eine rechtliche Verpflichtung zur unbedingten Ueberordnung der Gemeininteressen vorliegt, oder ob diese unter Umständen der Erzielung eines Ertrages dienstbar gemacht werden dürfen.

Mit der Entwicklung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit von der rein gemeinnützigen Interessenwahrung bis zur Verfolgung ertragswirtschaftlicher Zwecke geht Hand in Hand die Entwicklung der organisatorischen Verselbständigung der öffentlichen Betriebe, die in einer fortschreitenden Loslösung vom staatlichen Organismus und der entsprechenden Autonomisierung der Wirtschaftskörper in Erscheinung tritt. Der durch die Uebernahme des ertragswirtschaftlichen Prinzips in ihrem Wesen veränderten ökonomischen Wirk-

⁵ Gerber, S. 31.

samkeit des Gemeinwesens vermochte die ursprüngliche, der staatlichen Verwaltung entstammende Organisationsform des anstaltlichen Betriebes nicht mehr zu genügen, so dass der Rationalisierungsprozess, der einstweilen in der völligen Angleichung der öffentlichen Betriebe an die privatwirtschaftliche Unternehmung seinen Abschluss gefunden hat, unumgänglich war. Allerdings finden die zeitlich früheren, mit der staatlichen Verwaltung mehr verflochtenen Organisationsformen immer wieder neue Anwendungsgebiete, so dass wir heute einer Reihe von öffentlichen Betrieben gegenüberstehen, die alle Grade der Entwicklung aufweist.

Die vielfältigen Erscheinungen im einzelnen darzustellen, wäre infolge des Ineinanderfließens der verschiedenen Varianten kaum möglich. Hingegen lassen sie sich in ihrer Gesamtheit nach einigen typischen Merkmalen gruppieren und charakterisieren.

Allen gemeinsam ist das Merkmal der betriebswirtschaftlichen Organisation. Im technischen Sinne ist unter Betrieb ein Bestand von sachlichen und personellen Produktionsmitteln zur Hervorbringung einer Leistung irgendwelcher Art zu verstehen⁶. Gehen wir dem technischen Betrieb einen ökonomischen Inhalt, so handelt es sich um einen Betrieb im weitern wirtschaftlichen Sinne, und befindet sich derselbe zudem in der Hand des Gemeinwesens, so ist es ein öffentlicher Wirtschaftsbetrieb. Der in ihm verfolgte Zweck gemeinnütziger oder ertragswirtschaftlicher Art entscheidet dann weiter darüber, ob der öffentliche Betrieb als eine Anstalt oder eine Unternehmung zu betrachten sei. Soweit öffentliche Interessen wahrgenommen werden, ist das Wesensmerkmal der öffentlichen Anstalt gegeben, während anderseits insoweit von einer öffentlichen Unternehmung gesprochen werden kann, als in der Betriebsführung ertragswirtschaftliche Prinzipien massgebend sind. Als Erscheinungsform besonderer Art innerhalb der öffentlichen Wirtschaftsbetriebe ist ferner die sog. «gemischtwirtschaftliche» Unternehmung zu berücksichtigen, in welcher sich das Gemeinwesen mit Privatpersonen zu gemeinsamer Unternehmertätigkeit zusammengeschlossen hat.

Unter rechtlichem Gesichtspunkt sind die öffentlichen Betriebe darnach zu differenzieren, ob sie aus der allgemeinen Verwaltungsorganisation nur technisch ausgliedert sind, oder ob sie mit eigener

⁶ Saitzew, S. 9.

Rechtspersönlichkeit versehen sind und daher ein eigenes rechtliches Dasein führen. Sodann unterscheiden sich die Anstalten und Unternehmungen der öffentlichen Hand durch ihre Rechtsform, die entweder konsequenterweise eine öffentlichrechtliche ist oder nach dem Vorbild der privaten Wirtschaftskörper den Regeln des Privatrechts untersteht.

II. Die Organisation der öffentlichen Betriebsverwaltung

A. Öffentliche Anstalten und Unternehmungen

Die Ursprungsform des öffentlichen Betriebes ist die gemeinnützige Anstalt, die öffentliche Anstalt im engsten Sinne des Wortes. Das Leitmotiv ihrer Tätigkeit ist der Dienst am Volke; ihre Aufgabenerfüllung erfolgt ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung allgemeiner Interessen, seien diese wirtschaftlicher oder auch sozialer, hygienischer oder kultureller Natur¹. Sie stellt ihre Leistungen denn auch unentgeltlich oder zu einem die Kosten nicht deckenden Gegenwert zur Verfügung, wie es bei der Verrichtung staatlicher Verwaltungsfunktionen allgemein üblich ist. Die zur Deckung des Ausgabenüberschusses erforderlichen Mittel werden von der Staatskasse, bzw. von der Gesamtheit der Steuerzahler aufgebracht.

Mit dem Eindringen ertragswirtschaftlicher Prinzipien in die öffentliche Betriebsführung hat dieser ursprüngliche Begriff der öffentlichen Anstalt eine Erweiterung erfahren, ohne den ihm immanenten gemeinnützigen Zweckgedanken zu verlieren. Neben den rein anstaltlich geführten, nach öffentlichwirtschaftlichen Grundsätzen arbeitenden Betrieben, den öffentlichen Anstalten im engeren Sinne, tritt nun die öffentliche Zwecke verfolgende, aber nach privatwirtschaftlichen Prinzipien tätig werdende öffentliche Unternehmung. Beide sind auf Grund ihrer öffentlichen Zweckbestimmung unter dem Begriff der öffentlichen Anstalt im weiteren Sinne zusammenzufassen². Die öffentliche Unternehmung folgt im wesentlichen den gleichen Wirtschaftsgrundsätzen wie die private Unter-

¹ Saitzew, S. 11, Gerber, S. 14 f.

nehmung. Obschon sie mit ihrer Tätigkeit öffentliche Interessen wahren will, stellt dieselbe eine Marktleistung dar, die gegen einen auf der Grundlage der Selbstkosten errechneten Preis angeboten wird. Ihr Prinzip ist die Erzielung des grössten Ertrages bei geringsten Produktionskosten, wenn auch diese Richtlinie nicht durchwegs eingehalten wird³. Auf jeden Fall aber besteht das Bestreben, dass sich der Betrieb des Gemeinwesens aus eigener Kraft auf der Höhe halten soll.

Die Abstufungen innerhalb der öffentlichen Unternehmungen sind mannigfaltig. Während das öffentliche Wohlfahrtsunternehmen als Uebergangstypus von der ausschliesslich gemeinnützigen Anstalt zum öffentlichen Unternehmen als seinen obersten Zweck die Darbietung im kulturellen, sozialen oder volkswirtschaftlichen Interesse liegender Leistungen betrachtet, deren Preise zugunsten des allgemeinen Nutzens möglichst niedrig gehalten werden, werden in der typischen Erscheinungsform der öffentlichen Unternehmung neben dem gemeinnützigen Zweck ausgesprochen ertragswirtschaftliche Ziele verfolgt⁴. Es sollen hier zur Speisung der Staatskasse möglichst hohe Gewinne erzielt werden. Diese ertragswirtschaftliche Tendenz kann so stark ausgeprägt und der Dienst an der allgemeinen Wohlfahrt so weit untergeordnet sein, dass das öffentliche Unternehmen vom rein fiskalischen Unternehmen der öffentlichen Hand kaum mehr zu unterscheiden ist.

Das rein ertragswirtschaftliche öffentliche Unternehmen, das in jeder Hinsicht wie ein Betrieb der Privatwirtschaft geführt wird, fällt nicht mehr unter den Begriff der öffentlichen Anstalt im weitern Sinne, weil ihm das anstaltliche Merkmal des gemeinnützigen Zweckes völlig fehlt. Immerhin kann ausnahmsweise auch die fiskalische Tätigkeit als öffentliche Funktion in Erscheinung treten, wenn nämlich die Wahrnehmung des Gesamtinteresses durch die Erzielung möglichst hoher Erträge am besten erreicht wird, wie dies z. B. bei der eidgenössischen Alkoholverwaltung der Fall ist.

Für die Differenzierung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit wer-

² Es handelt sich hier um den von der verwaltungsrechtlichen Theorie verwendeten Anstaltsbegriff, der dort als ein Bestand von Personen und Mitteln, der technisch zu einer Einheit zusammengefasst und einem besonders öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt ist, umschrieben wird. Fleiner, Inst. S. 322.

³ Gerber, S. 15.

⁴ Gerber, S. 16.

den vielfach auch die Begriffe des öffentlichen Gewerbe- und des öffentlichen Fürsorgebetriebes verwendet. Diese Begriffe sind in ihrer Bedeutung denjenigen der Unternehmungen und Anstalten völlig gleichzustellen. Das Wort «Fürsorge» weist ja deutlich auf das gemeinnützige Motiv hin, während «Gewerbe» das Streben nach Gewinn, den finanziellen Erwerb zum Ausdruck bringt. Jedenfalls verfehlt ist die Auffassung, Fürsorge und Gewerbe würden verschiedenen geartete Tätigkeiten darstellen, die entweder dem Staate oder dem privaten Unternehmer wesentlich seien⁵. Es gibt wohl Tätigkeiten, die vorwiegend oder ausschliesslich durch den Staat mit Rücksicht auf die ihnen immanenten öffentlichen Interessen übernommen wurden, und wiederum andere, die in der Hauptsache durch Privatpersonen zu Gewinnzwecken ausgeübt werden. So sind z. B. die Erteilung von Unterricht, die Beförderung von Personen, die Erzeugung und Verteilung von Elektrizität heute für den Staat typische Fürsorgefunktionen. Alle diese Leistungen können aber auch Gegenstand eines völlig privatwirtschaftlichen Betriebes sein, wie das Vorhandensein von Privatschulen, von Verkehrsbetrieben und Elektrizitätswerken in Privatbesitz beweist⁶. Andererseits ist keine privatwirtschaftliche Gewerbetätigkeit davor bewahrt, dass sie nicht eines Tages auch vom Gemeinwesen übernommen wird. Der Unterscheidung von Fürsorge- und Gewerbebetrieb des Gemeinwesens kann daher keine andere Bedeutung zugemessen werden als die, dass die wirtschaftliche Einstellung im Fürsorgebetrieb eine gemeinnützige ist, während sie im Gewerbebetrieb auf die Gewinnerzielung gerichtet ist.

B. Die «gemischtwirtschaftliche» Unternehmung

Es scheint auf den ersten Blick selbstverständlich zu sein, dass die Anstalten und Unternehmungen, welche in der beschriebenen Weise öffentliche Zwecke verfolgen, sich auch ausschliesslich im Besitze der öffentlichen Hand befinden, dass also Unternehmensträger stets

⁵ Dieser Auffassung ist das Bundesgericht, wenn es unter öffentlichen Aufgaben solche versteht, die dem Gemeinwesen wesentlich und typisch sind. BGE 57 I 92. Anderer Auffassung auch Obrecht, Kantonallbanken, S. 51.

⁶ G. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 623.

Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind. Das ist in der Tat die ursprüngliche Gestaltung der Unternehmerschaft öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, bedingt durch das sukzessive Herauswachsen der betreffenden Unternehmungen aus der allgemeinen öffentlichen Verwaltungsorganisation. Allein, im Bestreben, sich der privatwirtschaftlichen Betriebsweise nach Möglichkeit anzupassen und sich deren Vorteile und Erfahrungen zunutze zu machen, ist das Gemeinwesen auch dazu übergegangen, sich mit Privatpersonen zu gemeinsamer Unternehmertätigkeit zusammenzuschliessen und sog. gemischtwirtschaftliche Unternehmungen zu gründen. In manchen Fällen suchten sich Staat und Gemeinden auch an bereits bestehenden privaten Unternehmungen zu beteiligen, um deren Zweckerfüllung auf die Wahrung von Gesamtinteressen auszurichten.

Der Zusammenschluss des Gemeinwesens mit Privatpersonen kann in der Form einer Kapitalunion der privaten Unternehmer mit dem öffentlichen Verband geschehen, wobei beide gemeinsam an der Leitung und Verwaltung des Unternehmens mitwirken. In diesem Falle handelt es sich um die typische «gemischtwirtschaftliche» Unternehmung, wie sie in der Theorie begrifflich umschrieben wird¹. Eine neuere Auffassung hat diesen Begriff in der Weise erweitert, dass darunter auch solche Verbände zu verstehen sind, an denen der Staat nicht am Kapital beteiligt ist, an deren Verwaltung er jedoch durch Abordnung seiner Vertreter zur Wahrung öffentlicher Interessen aktiv mitwirkt². Damit ist ein Begriff der GWU entstanden, dem als wesentliches Merkmal allein noch die Tatsache zugrunde liegt, dass an der Verwaltung und Leitung des Unternehmens Personen des öffentlichen und des privaten Rechts beteiligt sind³.

Unter den Begriff der GWU gehört aber unseres Erachtens auch jener Fall, da der Staat sich nur mitgliedschaftlich am Kapital einer Unternehmung beteiligt und deren Leitung und Verwaltung den privaten Teilhabern überlässt; denn als Eigentümer von Unternehmens-

¹ Arbenz, Die GWU im schweiz. Recht, S. 1 ff.

² Erb, Die gemischtwirtsch. Bankunternehmen, S. 12; Wieland, Handelsrecht, Bd. II, S. 155; Zwahlen, Soc. comm. avec part. de l'Etat, S. 37. Das OR stellt in Art. 762 I jene Unternehmungen, an denen das Gemeinwesen ein öffentliches Interesse besitzt, ohne selbst Aktionär zu sein, den eigentlichen GWU rechtlich gleich ist, so dass deren Subsummierung unter den Begriff der GWU gerechtfertigt ist.

³ Erb, S. 13.

kapital ist der Staat immerhin an dem das Kapital repräsentierenden Organ und damit an der internen Willensbildung beteiligt⁴. Wir weichen damit zwar von der allgemeinen Auffassung ab, sehen jedoch nicht ein, warum ein Unterschied darnach gemacht werden soll, ob die Willensbildung des Unternehmens in der Verwaltung oder in der Generalversammlung geschieht, umso mehr als dem Gemeinwesen in der Verwaltung durchaus nicht in allen Fällen der überwiegende Einfluss zukommt⁵. Dem Grundgedanken der GWU als einer Erscheinungsform des staatlichen Interventionismus⁶ ist nachgelebt, wenn nur das Gemeinwesen zum Schutze öffentlicher Interessen in der Unternehmung mitwirkt, geschehe dies im einen oder andern Organ oder in deren Gesamtheit. Mag auch praktisch eine wirkungsvolle Wahrung des Gemeininteresses in den meisten Fällen nur durch eine Vertretung des Staates in der Verwaltung gesichert erscheinen, so kann daraus doch kein Begriffsmerkmal gemacht werden. Das Wesenselement der GWU liegt nicht in der internen organisatorischen Ausgestaltung im einzelnen, sondern einzig und allein in der Tatsache der Beteiligung öffentlicher Willensträger an der internen Willensbildung des Unternehmens zum Zwecke der Verfolgung von Gesamtinteressen.

Die Verbindung öffentlicher und privater Wirtschaftssubjekte im gleichen Unternehmen hat dazu geführt, dasselbe als ein «gemischtwirtschaftliches» zu bezeichnen⁷. Dieser Ausdruck vermag jedoch einen solchen Wirtschaftskörper nicht in seinem eigentlichen Wesen zu erfassen. Als «gemischtwirtschaftlich» ist nämlich auch ein im ausschliesslichen Besitz des Gemeinwesens sich befindendes, also rein öffentliches Unternehmen zu bezeichnen, das öffentlichwirtschaftliche Zwecke nach privatwirtschaftlichen Prinzipien verfolgt. Die Mehrzahl der eigentlichen öffentlichen Unternehmungen, die

⁴ Gleicher Meinung Terhalle, Die GWU. (in Landmann, Mod. Org.-Formen der öff. U.), S. 323 ff. Auch Art. 762 II OR versteht unter einer GWU eine Gesellschaft, an der das Gemeinwesen als Aktionär beteiligt ist, setzt also die Vertretung des Staates in der Verwaltung nicht unbedingt voraus.

⁵ Saitzew, S. 55, glaubt allerdings nur jene Unternehmungen als gemischtwirtschaftliche bezeichnen zu dürfen, in welchen dem Gemeinwesen der entscheidende Einfluss zukommt. Doch auch das OR stellt in Art. 762 nicht auf das Mass der Einflussnahme ab.

⁶ Erb, S. 15.

⁷ Der Ausdruck wurde von Freund, Die «gemischtwirtschaftl.» Unternehmung, eine neue Gesellschaftsform. geprägt. (Deutsche Jur. Zeitg. 1911, S. 1113 ff.)

auf ertragswirtschaftlicher Basis arbeiten, sind daher «gemischtwirtschaftlich» zu nennen. Wie bereits erwähnt, liegt jedoch das Eigenartige der üblicherweise so bezeichneten Unternehmen in der gemischten Unternehmerschaft, während sie die Verfolgung öffentlicher Zwecke und die Verwendung privatwirtschaftlicher Grundsätze mit den öffentlichen Unternehmungen im eigentlichen Sinne gemeinsam haben. Folgerichtiger wäre daher wohl, anstatt von «gemischtwirtschaftlichen» von «gemischt öffentlichprivaten» oder einfach «gemischten» Unternehmungen zu sprechen.

C. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Organisationsformen

1. Die rechtsorganisatorische Entwicklung der öffentlichen Wirtschaftsbetriebe

Als die Gemeinden als erste begannen, die Erfüllung wirtschaftlicher Aufgaben in ihren Wirkungsbereich aufzunehmen, wurden die Organe der Gemeindeverwaltung berufen und befähigt betrachtet, die neuen Funktionen zu übernehmen¹. Die öffentlichen Betriebe wurden in die Form unselbständiger Anstalten gekleidet, die nichts anderes als technisch zu einer Einheit zusammengefasste Verwaltungsabteilungen darstellten und rechtlich voll und ganz in die allgemeine Verwaltung eingegliedert blieben. Sie unterstanden wie diese in allen ihren Beziehungen dem Regime des öffentlichen Rechts, und für ihre Betriebsführung galten die allgemeinen Regeln der öffentlichen Verwaltung².

Mit gesteigerten Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit und der daraus resultierenden Tendenz zur organisatorischen Verselbständigung der Betriebe des Gemeinwesens ergab sich die Notwendigkeit, wirtschaftliche Verwaltungsorganisationen zu schaffen, die nicht nur technisch, sondern auch rechtlich aus der allgemeinen öffentlichen Verwaltung ausgeschieden sind. Auf diese Weise entstand die selbständige öffentliche

¹ Fleiner, Inst., S. 120.

² Fleiner, Inst., S. 322.

Anstalt. Ihr Unterschied gegenüber der unselbständigen Anstalt beruht auf ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit und damit ihrer vermögensrechtlichen Unabhängigkeit vom Gemeinwesen. Die Verselbständigung hat also besonders privatrechtliche Wirkung. Im übrigen ist auch die selbständige öffentliche Anstalt dem öffentlichen Recht unterstellt, das grundsätzlich auf alle ihre Rechtsbeziehungen Anwendung findet³. Immerhin macht sich hier bereits das Bestreben geltend, einzelne Beziehungen, so besonders das Verhältnis der Anstalt zu ihren Benützern, dem Privatrecht zu unterstellen, was vor allem bei jenen Betrieben verwirklicht worden ist, die als gewerbliche Unternehmungen im privaten Wirtschaftsleben auftreten und in Konkurrenz mit privaten Betrieben stehen, wie dies z. B. bei Kantonalbanken der Fall ist.

Schliesslich gelangte die Tendenz zur Anwendung privaten Rechts auf öffentliche Betriebe zum vollen Durchbruch, indem nicht nur für die Beziehungen der Anstalt nach aussen, sondern auch für ihre interne Organisation die privaten Rechtsformen Verwendung fanden. Die öffentliche Unternehmung erscheint damit nicht mehr im Rechtskleid der öffentlichen Anstalt, nämlich als öffentlichrechtliche Anstalt, sondern in der Gestalt eines privatrechtlich organisierten Verbandes, als öffentliche Anstalt in privatrechtlicher Form⁴. Die öffentliche Wirtschaftstätigkeit will sich damit völlig vom öffentlichen Recht und von den für die öffentliche Verwaltung geltenden allgemeinen Rechtsprinzipien lösen. Es sollen keine starren Vorschriften mehr gelten, wenn das private Recht die Möglichkeit eines weiten Spielraumes des freien subjektiven Ermessens bietet, welches sich den wirtschaftlichen Bedürfnissen gegenüber als viel elastischer und anpassungsfähiger erweist. Immerhin ist der betreffende Betrieb an die zwingenden Vorschriften des privaten Verbandsrechts gebunden; aber hinsichtlich der Ausübung seiner wirtschaftlichen Verwaltungsfunktionen hat er die volle Bewegungsfreiheit, wie sie dem privaten Unternehmer eigen ist. Öffentliche Verwaltung wird so geübt wie die Verwaltung privater Angelegenheiten.

Damit stehen wir bei der rechtlichen Verwirklichung der öffentlichen Verwaltungsaufgaben der Verwendung von zwei Prinzipien gegenüber, die zueinander in absolutem Gegensatz stehen. Das öffent-

³ Fleiner, Inst. S. 323.

⁴ Fleiner, Inst. S. 125.

lichrechtliche Prinzip beruht auf der möglichst weitgehenden Bindung des öffentlichen Unternehmerwillens durch gesetzliche Vorschriften, wie es für die Willensträger des Gemeinwesens typisch ist, während dem privatrechtlichen Prinzip die Freiheit des Willens, die «Willkür» immanent ist. Welche Ausprägung diese beiden Prinzipien in den einzelnen Organisationsformen gefunden haben, soll in der Folge in grossen Zügen dargestellt werden.

2. Die ursprünglichen Organisationsformen des öffentlichen Rechts

a) Die unselbständige öffentliche Anstalt

Die unselbständige öffentliche Anstalt ist der Uebergangstypus von der allgemeinen staatlichen Verwaltung zum rechtlich selbständigen Unternehmen. Sie ist ein technisch zu einer Einheit zusammengefasster Bestand von sachlichen, personellen und rechtlichen Mitteln zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe¹. Sie ist als Verwaltungsabteilung unmittelbar in den allgemeinen öffentlichen Verwaltungs- und Finanzapparat eingegliedert, ohne rechtliche Selbständigkeit zu besitzen². Rechtsträger der Anstalt bleibt das Gemeinwesen selbst. Dieses ist Subjekt aller Rechte, Sachen und Forderungen, und es haftet auch für die Verbindlichkeiten; das Anstaltsvermögen ist Bestandteil des Vermögens des Gemeinwesens³. Das der Anstalt für den Betrieb zur Verfügung gestellte Kapital bleibt also gleich den übrigen sachlichen Mitteln Eigentum des Gemeinwesens, und wenn darauf ein Zins berechnet wird, so handelt es sich dabei nur um einen rechnungsmässigen Ausgleich zwischen verschiedenen Sonderkassen des öffentlichen Finanzhaushaltes⁴.

Die unselbständige öffentliche Anstalt steht unter der Leitung der allgemeinen Verwaltungsorgane, die daher nicht Organe der Anstalt, sondern solche der Gemeinde oder des Staates sind. Auch die Aufsicht und Kontrolle, die die Sicherung der Zweckerfüllung bewirken soll, erfolgt durch die Organe des Gemeinwesens, und zwar vermit-

¹ Fleiner, Inst. S. 322; Bühler, Oeffentl. rechtl. Anstalt, S. 252.

² Egger, Komm. ZGB Art. 59, N. 6.

³ Hug, Die rechtl. Organisation d. öff. Untern. (Festgabe Fleiner 1937), S. 136; Bühler, S. 258.

⁴ Hug, S. 138.

tels der Dienstgewalt und des Dienstbefehls⁵. Die Wirksamkeit der Anstalt ist entsprechend ihres öffentlichrechtlichen Charakters an strenge Formen gebunden. Die Tätigkeit ihrer Funktionäre ist durch Gesetz und Verordnungen genau umschrieben und ihr freies Ermessen durch einen engen Rahmen von Reglementen abgegrenzt.

b) Die selbständige öffentliche Anstalt

Die selbständige öffentliche Anstalt unterscheidet sich von der unselbständigen dadurch, dass sie nicht nur technisch, sondern auch rechtlich ein besonderes Dasein führt. Sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit und ist damit Subjekt des Anstaltsvermögens, mit dem sie auch für ihre Verbindlichkeiten haftet⁶. Eine subsidiäre Haftung des Gemeinwesens muss durch ausdrücklichen Rechtssatz begründet werden. Besteht keine Bestimmung, welche der Anstalt expressis verbis die juristische Persönlichkeit verleiht, so muss auf Grund ihrer Beziehungen zum Gemeinwesen, besonders nach ihrer vermögensrechtlichen Stellung und ihrer Verwaltungsorganisation entschieden werden, ob die rechtliche Selbständigkeit gegeben sei⁷.

Da die Anstalt ihr Kapital stets von der übergeordneten öffentlichen Körperschaft in Form einer sog. Dotation erhält, der verselbständigte Verwaltungskörper als solcher daher stets einen Teil des Staatsvermögens bildet, bleibt trotz seiner juristischen Selbständigkeit zwischen ihm und dem Gemeinwesen ein rechtliches Abhängigkeitsverhältnis doch immer bestehen, das in der öffentlichrechtlichen Natur der Organisation der Anstalt und ihrer Beziehungen zum Gemeinwesen seinen Ausdruck findet. So entsteht durch die Kapitaldotation und ihrer Verzinsung ein Schuldverhältnis zwischen Staat und Anstalt, das auf öffentlichem Recht beruht und durch Gesetz, Verordnung und Reglement geregelt wird. Ein Kündigungs- oder Rückforderungsrecht von seiten des Gemeinwesens besteht nicht, es sei denn, ein solches sei ausdrücklich vorbehalten. Sonst hat erst die Aufhebung der Anstalt durch das Muttergemeinwesen die Rückzahlung des Dotationskapitals zur Folge⁸.

⁵ Hug, S. 139.

⁶ Fleiner, Inst. S. 322; Hug, S. 139; Bühler, S. 258.

⁷ Egger, Art. 59, N. 5; BGE 49 I 127, 51 I 223, 53 I 212, 57 I 87.

⁸ Hug, S. 140.

Der notwendige Einfluss auf die Führung des Unternehmens wahrt sich das Gemeinwesen dadurch, dass es die Wahl der Behörden und der leitenden Angestellten der Anstalt vorbehält. Im Gegensatz zur unselbständigen Anstalt sind dieselben nicht Organe der sie bestellenden öffentlichen Körperschaft, sondern, da die Anstalt ja eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, deren eigene Organe. Als Selbstverwaltungskörper untersteht jede öffentliche Anstalt der staatlichen Aufsicht, die sich über ihre gesamte Tätigkeit erstreckt und in der Regel so weitgehend ausgestaltet ist, dass wichtige Akte der Anstaltsorgane der Genehmigung der Aufsichtsbehörden bedürfen⁹.

c) Die öffentlichrechtliche Körperschaft

Der öffentlichrechtlich organisierte Wirtschaftsbetrieb braucht nicht unbedingt die Gestalt einer öffentlichen Anstalt anzunehmen, er kann auch körperschaftliche Struktur aufweisen¹⁰, wenn die begriffliche Voraussetzung einer Mehrheit von Mitgliedern gegeben ist. Darin unterscheidet sich die Körperschaft im wesentlichen von der Anstalt, dass ihre Existenz auf dem Willen von Mitgliedern beruht, während die Anstalt als Zweckeinheit eines aussenstehenden Willensträgers erscheint¹¹. Zweck und Verbandswille werden bei der Anstalt von aussen bestimmt, während sie bei der Körperschaft organisch aus dem Verband selbst herauswachsen¹². Dadurch, dass die Körperschaft im Dienste ihrer Mitglieder steht, weist sie ein deutliches genossenschaftliches Element auf.

Als Unternehmungsform der öffentlichen Wirtschaft spielt die öffentlichrechtliche Körperschaft keine bedeutende Rolle. Immerhin wurde diese Rechtsform für die Begründung einer der praktisch wichtigsten Organisationen des heutigen Wirtschaftslebens verwendet, für die Schweizerische Verrechnungsstelle¹³. Als deren Mitglieder figurieren der Bund, die Nationalbank, der Vorort des

⁹ Fleiner, Inst., S. 116 ff.

¹⁰ Fleiner, Inst., S. 105.

¹¹ Egger, Art. 52, N. 12.

¹² Hug, S. 142.

¹³ Vgl. Bundesratsbeschluss über die Genehmigung der Statuten der Schweiz. Verrechnungsstelle, vom 2. Okt. 1934. (A. S. N. F. 52, S. 199.)

Schweizerischen Handels- und Industrie-Vereins, die Schweizerische Bankiervereinigung und die Schweizerische Zentrale für Handelsförderung, also teilweise Verbände des Privatrechts, so dass hier von einem der privatrechtlich organisierten «gemischtwirtschaftlichen» Unternehmung analogen Körperschaftstypus des öffentlichen Rechts gesprochen werden kann.

3. Die neuen Organisationsformen des Privatrechts

Die Absicht, die der Organisation der öffentlichen Betriebe in privatrechtlichen Formen zugrunde liegt, besteht wie erwähnt darin, dass im Gegensatz zu den öffentlichrechtlich organisierten Unternehmungen des Gemeinwesens ihr gesamtes internes Rechtsleben vom Privatrecht beherrscht sein soll und ihre Rechtsbeziehungen zu den mit ihr in Verkehr tretenden Rechtssubjekten grundsätzlich nach privatrechtlichen Normen beurteilt werden sollen¹. Es wird also die öffentliche Unternehmenstätigkeit nach Rechtsprinzipien gestaltet, die den wirtschaftlichen Verbänden der Privatpersonen typisch sind, womit das Gemeinwesen die Möglichkeit erhält, sich wie eine Privatperson an den Organisationen des Wirtschaftslebens und an deren Rechtsverkehr zu beteiligen. Damit wird auch die Möglichkeit geschaffen, dass sich auf einfachste Weise mehrere Gemeinwesen mit verschiedener finanzieller Beteiligung in einem gemeinsamen Unternehmen zusammenschliessen können.

Als Formen für die privatrechtliche Einkleidung der öffentlichen Unternehmen stehen die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft im Vordergrund; verwendbar sind aber auch die GmbH., sowie für die gemischte Unternehmung die Kommanditgesellschaft in der Weise, dass sich das Gemeinwesen als Kommanditär beteiligt. Die praktisch bevorzugte Form ist ohne Zweifel die Aktiengesellschaft; die wichtigsten öffentlichen Betriebe wie Eisenbahn-, Elektrizitäts- und Bankunternehmungen bedienen sich ihrer fast ausschliesslich. Ihre Eigenart, welche im kapitalistischen Aufbau, in der Beschränkung der Beitragspflicht und der Haftung, in der kollektivistischen, jedoch elastischen Struktur der Organisation in Erscheinung tritt,

¹ Bühler, S. 9; Gerber, S. 76.

bietet für den wirtschaftenden Staat die günstigsten Voraussetzungen². Es soll daher auch am Beispiel der aktienrechtlichen Form die privatrechtliche Gestaltung der öffentlichen Unternehmung skizziert werden.

Die Verwendung des Aktienrechts für öffentliche und halbstaatliche Unternehmungen wirft formell keine besondern Rechtsprobleme auf³. Soweit sich anfänglich bei gemischten Gesellschaften hinsichtlich der Rechtsstellung der vom Gemeinwesen abgeordneten Vertreter in der Verwaltung und der Kontrollstelle Schwierigkeiten ergaben, sind diese nun durch das rev. OR in Art. 762⁴, der die aus der Beteiligung öffentlichrechtlicher Körperschaften an Aktiengesellschaften entstehenden Verhältnisse ausdrücklich regelt, beseitigt worden. Abgesehen von dieser Sondernorm gelten für die reinen öffentlichen Unternehmungen oder solche mit öffentlicher Beteiligung die gleichen obligationenrechtlichen Bestimmungen, die für jede private Aktiengesellschaft massgebend sind. Lediglich dort, wo der Bund, wie beispielsweise für die Nationalbank, ein Spezialgesetz erlassen hat⁵, oder wo auf aktienrechtlich organisierte Anstalten, für welche der Kanton die subsidiäre Haftung übernimmt, kantonale Sondergesetze Anwendung finden⁶, tritt das allgemeine Aktienrecht ausser Kraft oder besitzt es lediglich ergänzende Bedeutung⁷.

Grundlage der Entstehung und des gesamten internen Rechtslebens der öffentlichen Unternehmung bilden in gleicher Weise wie bei der privaten Aktiengesellschaft die Statuten, welche alle die gesetzlich verlangten Elemente und die fakultativen Bestimmungen, die der aktienrechtlichen Ausgestaltung wesentlich und typisch sind, enthalten. Allerdings wird die Beteiligung am Unternehmenskapital, die Einbringung von Apports und die Verteilung der Sitze in Verwaltung, Kontrollstelle und Geschäftsführung vielfach bereits in einem der eigentlichen Gründung vorangehenden Beteiligungsvertrag festgelegt. Ferner gesellt sich oft zu den Statuten für die Ord-

² Hug, S. 144.

³ Gerber, S. 77.

⁴ Für die Genossenschaft analog Art. 926.

⁵ BG über die Schweiz. Nationalbank vom 7. April 1921 (A. S. N. F. 37, S. 581).

⁶ Vgl. Art. 763 OR.

⁷ Nach Art. 13 NBKG findet der 26. Titel des OR auf die Nationalbank soweit Anwendung, als das NBKG keine Regeln enthält.

nung des ganzen Geschäftsbetriebes und der Beziehungen der einzelnen Organe untereinander ein Verwaltungs- oder Geschäftsreglement. Der Gründungsvorgang richtet sich dort, wo nur Gemeinwesen an demselben beteiligt sind⁸, nach den Vorschriften über die Simultangründung, während in jenen Fällen, da neben der öffentlichen Hand beliebigen Privatpersonen die Beteiligung am Kapital ermöglicht werden soll⁹, die Ordnung über die Sukzessivgründung Platz greift. Ausserdem gelten für die als Gründer wirkenden öffentlichen Behörden die für ihre Amtsführung massgebenden öffentlichrechtlichen Vorschriften.

Das Recht der Persönlichkeit erlangt die öffentliche oder gemischte Aktiengesellschaft mit der Eintragung ins Handelsregister¹⁰. Dieser Formalakt stellt ein Konstitutiverfordernis dar¹¹, im Gegensatz zur öffentlichrechtlichen Anstalt, bei welcher mit der Eintragung lediglich die vermögensrechtliche Selbständigkeit der auf öffentlichrechtlichem Wege zur Entstehung gebrachten Anstalt publiziert werden soll¹². Allerdings liegt sowohl der Gründung einer öffentlichen Unternehmung in privatrechtlicher Form als auch der Verselbständigung einer öffentlichen Anstalt die gleiche Absicht der Autonomisierung des öffentlichen Eigentums und damit die Beschränkung der Haftung des Gemeinwesens auf die Kapitalinvestition zugrunde. Mit der Gründung einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft wird jedoch ein wesentlich höherer Grad von wirtschaftlicher und rechtlicher Selbständigkeit des Unternehmens erreicht. Das zeigt sich vor allem in der gesellschaftsinternen Organisation, die aus der öffentlichen Instanzenhierarchie und dem staatlichen Verwaltungsapparat völlig herausgelöst ist.

Die Organe der öffentlichen oder gemischten Unternehmung in aktienrechtlicher Form entsprechen denjenigen der privaten Aktiengesellschaft; es sind die Generalversammlung der Aktionäre, die Verwaltung und die Kontrollstelle. Zu diesen vom Gesetzgeber geforderten Willensträgern treten je nach den betriebswirtschaftlichen

⁸ Z. B. die Nordostschweiz. Kraftwerke A. G.

⁹ Z. B. die Nationalbank.

¹⁰ ZGB Art. 52 I, OR Art. 643 I.

¹¹ Egger, Art. 52, N. 20; Siegwart, Komm. OR Art. 643, N. 1.

¹² ZGB Art. 52 II; Egger, Art. 59, N. 14. Gemäss Kreisschreiben des Eidg. Justizdep. vom 13. März 1883 sind die als öffentlich-rechtl. Anstalten gegründeten Kantonalbanken, da sie ein kaufmännisch geführtes gewerbliches Unternehmen betreiben, im Interesse Dritter eintragungspflichtig. Ruck, Verw. R. II, S. 130.

Bedürfnissen fakultative Organe, unter welche die verwaltenden und leitenden Funktionen der Unternehmung aufgeteilt werden. Als typisches Beispiel sei hier die Nordostschweiz. Kraftwerke AG. erwähnt, welche folgende Instanzenhierarchie aufweist: Generalversammlung, Verwaltungsrat, Ausschuss des Verwaltungsrates, Delegierter des Verwaltungsrates, Vorstand der Aktiengesellschaft im Sinne eines kaufmännischen und technischen Direktoriums. Daneben treten als Kontrollorgane das technische Inspektorat und die finanzielle Kontrollstelle¹³. Das Schwergewicht der Willensbildung liegt, wie allgemein bei den öffentlichen und auch bei grossen privaten Unternehmungen, nicht bei der obersten Instanz, der Generalversammlung, sondern bei den verwaltenden und geschäftsführenden Organen. Die Funktionen der Generalversammlung beschränken sich auf die formelle Sanktionierung der ihr von der Verwaltung vorgelegten Anträge¹⁴. Auch der Verwaltungsrat, dem die allgemeine Leitung der Gesellschaft und die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht, und der zur Entlastung seiner Tätigkeit amtierende Verwaltungsratsausschuss kommen praktisch über eine formelle Erledigung der durch die untern Organe vorbereiteten Geschäfte nicht hinaus¹⁵. Die eigentliche Unternehmungsleitung ruht in den Händen des Delegierten des Verwaltungsrates und des ihm untergeordneten dreiköpfigen Vorstandes. Der Delegierte als eigentlicher Generaldirektor ist die ausschlaggebende Triebkraft, die alle Unternehmerfunktionen auf sich vereinigt; er bestimmt in massgebender Weise die Geschäftsführung und die Organisation des Unternehmens, assistiert von den drei Mitgliedern des Vorstandes, die der administrativen Abteilung, der Betriebsabteilung und der Bau- und Studienabteilung vorstehen¹⁶.

Der für alle öffentlichen Unternehmungen in privatrechtlicher Form typische organisatorische Aufbau der Unternehmerorgane, wie er in der Verwaltungsorganisation der NOK in Erscheinung tritt, ermöglicht eine von der öffentlichen Verwaltung völlig unabhängige Geschäftspraxis, da jedes direkte Mitspracherecht von seiten der Behörden ausgeschaltet ist. Zwar sind die die Organe bildenden

¹³ Gerber, S. 157.

¹⁴ Gerber, S. 158.

¹⁵ Gerber, S. 159 f.

¹⁶ Gerber, S. 162.

Personen, besonders in der Generalversammlung und der Verwaltung, überwiegend Mitglieder von öffentlichen Behörden; allein, in ihrer Organfunktion sind sie nicht Amtspersonen, sondern das Interesse des Gemeinwesens wahrende selbständige Willensträger der Unternehmung. Ihre Tätigkeit richtet sich nicht nach verwaltungsrechtlichen Normen, sondern nach kaufmännischen Grundsätzen und nach den Regeln des Buchführungs- und Bilanzrechtes der Aktiengesellschaft. Ihre Entschlüsse erfolgen nach freiem ökonomischem und rechtlichem Ermessen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass mit der Einkleidung der öffentlichen Unternehmung in die aktienrechtliche oder eine der andern privatrechtlichen Formen eine vollkommene Angleichung an die rein private Unternehmung erreicht wird. Wenn man ausser Acht lässt, dass sich die Kapitalsanteile in den Händen des Gemeinwesens befinden und dass die obersten Organe mindestens teilweise aus öffentlichen Vertretern gebildet sind, so kann in der ganzen rechtlichen Unternehmensstruktur überhaupt kein Unterschied gegenüber dem privaten Verband festgestellt werden. Die privatrechtlich ausgestaltete öffentliche oder gemischte Unternehmung nimmt denn auch in ihrem gesamten Rechtsleben in der Regel eine den privaten Organisationen formell absolut koordinierte Stellung ein. So werden diese Wirtschaftskörper des Gemeinwesens im allgemeinen der Staats- und Gemeindesteuerpflicht unterworfen, sie unterstehen dem Fabrikgesetz und dem Schuldbetriebs- und Konkurs-Gesetz, und für ihre internen und externen Streitigkeiten sind die ordentlichen Zivilgerichte zuständig¹⁷.

¹⁷ Gerber, S. 78.

2. Kapitel

DIE PROBLEMATIK DER VERWENDUNG PRIVATRECHTLICHER ORGANISATIONSFORMEN FÜR ÖFFENTLICHE UND GEMISCHTE UNTERNEHMUNGEN

I. Der Widerspruch mit dem Sinn des Privatrechts

Mit der Feststellung, dass im heutigen Wirtschaftsleben Staat und Gemeinden aus praktischen Bedürfnissen heraus unter Verwendung privatrechtlicher Organisations- und Vertragsformen als Unternehmer auftreten und dass aus dieser rechtlichen Gestaltung der Wirksamkeit des Gemeinwesens formell keine Schwierigkeiten entstehen, kann sich die juristische Betrachtung dieses Phänomens nicht begnügen. Der Gedanke, die Formen des privaten Handelsgesellschafts- und Genossenschaftsrechts für die Organisation und die Vertragsformen für die Funktion öffentlicher und halbstaatlicher Unternehmungen zu verwenden, scheint zwar zunächst vom juristischen Standpunkt aus keineswegs anfechtbar. Es wird ja allgemein anerkannt, dass es dem Staate möglich sei, als Privatperson mit seinen Gewaltunterworfenen in Rechtsbeziehung zu treten; also besteht auch kein Hindernis, seine zum Zwecke der Dezentralisation aus der eigentlichen Verwaltungsorganisation ausgegliederten selbständigen Verbände, wie es die beschriebenen Unternehmungen sind, als Gesellschaften und Genossenschaften des Privatrechts zu gestalten und dieselben wie die von Privatpersonen gebildeten Verbände am Rechtsverkehr teilnehmen zu lassen. Tatsächlich ist gegen diese Erscheinung auch nichts einzuwenden, solange die privatrechtlichen Formen durch das Gemeinwesen in dem Sinne verwendet werden, von welchem der Gesetzgeber ausgegangen ist, als er die betreffenden Rechtsinstitute schuf. Wenn also der Staat Unternehmungen gründet oder sich an solchen beteiligt, um auf diese Weise ein erwerbswirtschaftliches Ziel zu verfolgen, so kann dagegen vom

privatrechtlichen Standpunkt aus nichts eingewendet werden¹. Wenn hingegen die Privatrechtsformen zur Verwirklichung seiner öffentlichen Aufgaben, zur staatlichen Wahrnehmung von Allgemeininteressen dienen sollen, so erhebt sich die grundsätzliche Frage, ob nicht dadurch zwischen der Rechtsform und dem ihr auf diese Weise gegebenen Inhalt, zwischen dem dem Rechtsinstitut zugrundeliegenden Zweckgedanken und dem Zweck, zu welchem es verwendet wird, ein Widerspruch entsteht. Mit andern Worten: es stellt sich das Problem, ob nicht die öffentliche Unternehmung in Privatrechtsform eine *contradictio in adjecto* darstelle².

Ohne hier schon auf die Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts des nähern einzugehen, kann als feststehend angenommen werden, dass die Idee des Privatrechts grundsätzlich darin besteht, den Privatpersonen, d. h. den Individuen und ihren Verbänden Rechtsinstitute zur Verfügung zu stellen, derer sie zur Realisierung ihrer individuellen Interessen bedürfen. Ganz besonders das Handels- und Vertragsrecht soll für die private erwerbswirtschaftliche Tätigkeit die notwendige Grundlage bieten. Und zwar soll diese wirtschaftliche Wirksamkeit des Einzelnen nach dem Prinzip der persönlichen Freiheit erfolgen. Ohne Freiheit, bzw. ohne deren Gewährleistung in Form der individuellen Freiheitsrechte durch die Verfassung hätte das Privatrecht keinen Sinn. Die Rechtsgeschäfte der Privatpersonen sollen nach freiem Belieben abgeschlossen werden, im Gegensatz zu den Rechtsbeziehungen des Staates, der durch seinen öffentlichen Zweck gebunden ist und nach andern Kriterien handeln und entscheiden muss als der Private³. Öffentliches Recht bedeutet Bindung und Zwang, Unterordnung der Individualinteressen unter die Interessen der staatlichen Gemeinschaft. Es ist deshalb die auf die Verwirklichung öffentlicher Aufgaben zugeschnittene Rechtsordnung. Die Institute des Privatrechts sind hingegen nicht für die Ausübung öffentlicher Funktionen durch den Staat geschaffen. Das öffentliche Interesse soll zwar auch im Privatrecht stets gewahrt werden; es ist aber für die private Wirksamkeit nur ein

¹ Eine andere Frage ist die, ob Staat und Gemeinden von Verfassungsrechts wegen kompetent sind, erwerbswirtschaftliche Unternehmungen zu errichten. Darüber vgl. S. 45 ff.

² Dieser Auffassung ist Oftinger, ZSR 57, S. 683a ff., ebenso vom wirtschaftlichen Standpunkt aus Liefmann, Unternehmungsformen, S. 271.

³ Oftinger, S. 684a.

äusserer Rahmen und nicht der innere Zweck. Und wenn schon ein Privater Gesamtinteressen verfolgt, so tut er dies nach seinem persönlichen Belieben und nicht bestimmungsgemäss wie der Staat. Wenn sich mehrere Privatpersonen zu einem Zweckverband zusammenschliessen, so ist das Wesentliche und Typische an diesem Verband, dass er sein Leben und Wirken auf Grund seiner Autonomie nach eigenem Gutdünken bestimmen kann, während Staat und Gemeinden als öffentliche Zweckverbände, als bestimmungsgemässe Hüter des öffentlichen Wohles in ihrem Wirken an die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen gebunden sind, sollen sie nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten.

Wenn nun eine für die Bildung privater Verbände vorgesehene Organisationsform dazu verwendet wird, als Rechtsform für einen durch den Staat oder andere öffentlichrechtliche Körperschaften gebildeten Verband mit öffentlicher Zweckbestimmung zu dienen, so wird dieselbe in ein von öffentlichen Gesichtspunkten beherrschtes Privatrechtsinstitut umbogen, das inhaltlich der öffentlichen Körperschaft oder Anstalt gleichsteht. Es entsteht, um das aktienrechtliche Beispiel zu erwähnen, eine vom privatkapitalistischen Typus prinzipiell verschiedene Aktiengesellschaft⁴, deren Sinn und Zweck mit dem Grundgedanken des Privatrechts nicht mehr in innerem Zusammenhang steht. Wir stehen einem öffentlichen Typus der Aktiengesellschaft gegenüber, der in der öffentlichen Ordnung Fuss gefasst hat und dessen Daseinsberechtigung im Rahmen des Privatrechts daher fragwürdig geworden ist.

Es existiert allerdings keine aktienrechtliche Norm, die die Verwendung dieser Gesellschaftsform für öffentliche Unternehmungen ausschliessen würde. Der 26. Titel des OR schafft gegenteils für das Institut der Aktiengesellschaft eine gesetzliche Grundlage, die trotz der in viele Einzelheiten gehenden Normierung diese Körperschaftsform unter sehr verschieden gearteten Voraussetzungen Verwendung finden und in der verschiedenartigsten inhaltlichen Gestaltung in Erscheinung treten lässt. In der Regel verfolgt die Aktiengesellschaft einen durch wirtschaftliche Tätigkeit zu erreichenden Erwerbszweck. Sie geht auf Gewinn aus, der unter die Aktionäre verteilt werden soll. Mit Rücksicht auf gemeinnützige Ziele kann die Gewinnvertei-

⁴ Hug, S. 144; derselbe, Problematik des Wirtschaftsrechts, S. 10.

lung aber auch auf ein bestimmtes Mass beschränkt sein, oder sie kann überhaupt ganz fehlen. Art. 620 OR lässt sogar Aktiengesellschaften zu, die gar keinen wirtschaftlichen Zweck aufweisen, wodurch der typische Charakter als erwerbswirtschaftliche Unternehmung völlig verschwindet. Es geht nun aber hier nicht um die Frage, ob wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich, auch nicht darum, ob die Aktiengesellschaft unbedingt ertragswirtschaftlich, also mit der Absicht der Gewinnerzielung geführt werden müsse, oder ob auch gemeinnützige Gesellschaften möglich sind. Hier stellt sich vielmehr das Problem der privatrechtlichen Gestaltung an sich nicht privaten, d. h. individuellen freien, sondern öffentlichen Willens, der, wo immer er in Erscheinung tritt, an die ihm immanenten Gesamtinteressen gebunden bleiben muss. Wenn auch eine nicht ertragswirtschaftlich geführte Aktiengesellschaft oder eine solche, die gar keinen wirtschaftlichen Zweck aufweist, mit der ursprünglichen Idee des Aktienrechts nicht mehr in vollem Einklang steht, so handelt es sich doch immer noch um einen privaten Verband mit individueller willkürlicher Zwecksetzung und vor allem um eine Gesellschaft, die innerlich mit dem Sinn des Privatrechts nicht in Widerspruch steht. Ist der Staat aber Unternehmer und hat das Unternehmen einen im Gesamtinteresse liegenden Zweck zu verfolgen, so liegt eben ein spezifisch öffentlicher Tatbestand vor. Das öffentliche Unternehmen ist dann ein der selbständigen öffentlichrechtlichen Anstalt oder Körperschaft materiell analoger Verwaltungskörper, nur dass dessen Organisation sich des Vorbildes eines privatrechtlichen Verbandes bedient.

Wie ist diese inkonsequente Erscheinung des Rechtslebens juristisch zu beurteilen? Zunächst kann ihr vom rechtspolitischen Standpunkt aus der Vorwurf nicht erspart werden, dass sie geeignet ist, das Privatrecht in seiner Eigenart zu verfälschen und mit Gedankengängen zu durchdringen, die seinem eigentlichen Wesen nicht entsprechen. Durch die Einkleidung öffentlicher Tatbestände in Privatrechtsformen wird nämlich das typisch öffentliche Element der Bindung und des Zwanges ins Privatrecht hineingetragen; der staatliche Machtfaktor äussert sich in demselben in einer Weise, der geeignet ist, seine begriffsnotwendigen Freiheits- und Gleichheitsprinzipien zu verdrängen. Der ganze Vorgang muss als eine «Aus-

hölhlung privatrechtlicher Institute»⁵ bezeichnet werden. Das zeigt sich immer dann besonders deutlich, wenn in einem solchen Rechtsinstitut Individual- und Gesamtinteressen in Kollision geraten. Nehmen wir als Beispiel eine von Privatpersonen gebildete Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, an welcher sich das Gemeinwesen zur Wahrung öffentlicher Interessen beteiligt. Für solche Unternehmungen bestimmen die Art. 762 und 926 OR, dass die vom Gemeinwesen abgeordneten Mitglieder der Verwaltung nur von diesem selbst wieder abberufen werden können. Auch sind bei der Aktiengesellschaft die öffentlichen Vertreter von der Hinterlegung von Aktientiteln befreit. Es wird also dem staatlichen Mitunternehmer von Gesetzes wegen eine deutliche Sonderstellung eingeräumt, die mit dem privatrechtlichen Prinzip der Gleichberechtigung aller Gesellschafter und Genossenschafter in Widerspruch steht. Das OR selbst sanktioniert auf diese Weise einen offensichtlichen Einbruch ins individualistische Gefüge des Privatrechts und schafft damit einen als privatrechtlich anerkannten, in seinem Wesen jedoch den privatrechtlichen Rahmen sprengenden Unternehmenstyp.

Den Folgen, die aus einer solchen Entwicklung des Handelsgesellschafts- und Genossenschaftsrechts resultieren, kann gar nicht genug Aufmerksamkeit geschenkt werden. Es vollzieht sich durch diese Unterschiebung öffentlicher Tatbestände unter die obligationenrechtliche Ordnung ein Vorgang, der dem allgemeinen kollektivistischen und interventionistischen, auf zunehmende Sozialisierung gerichteten Umwandlungsprozess zuzurechnen ist. Und zwar ist diese Entwicklung deshalb als besonders gefährlich zu bezeichnen, weil sie eben unter dem Deckmantel des Privatrechts geschieht. Die juristische Form soll darüber hinwegtäuschen, dass hinter der privatrechtlichen Tarnung ein wichtiges Glied des sozialistischen Systems aufgebaut wird.

Angesichts der nicht zu ändernden Tatsache der Existenz privatrechtlich aufgezogener öffentlicher und halbstaatlicher Unternehmungen, in welchen öffentliche Zwecke verwirklicht werden, erhebt sich die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen die Praxis zu ziehen in der Lage ist, ohne dass die Grenzen des positiven Rechts überschritten werden. Eine solche Grenze stellen z. B. die Art. 762

⁵ Oftinger, S. 684a f.; ders. S. J. Z. 35, S. 98 ff. Siegwart, Komm. AG, Einleitung N. 88.

und 926 OR dar. Selbst wenn sich die Auffassung vertreten liesse, dass Aktiengesellschaften und Genossenschaften mit Beteiligung öffentlichrechtlicher Körperschaften auf Grund des ihnen eingepflanzten öffentlichen Elementes als öffentlichrechtliche zu behandeln seien, so steht dem das positive Recht entgegen, das solche Verbände als privatrechtliche anerkennt, sofern nicht ein Spezialgesetz, dessen Erlass dem Bunde möglich ist, auf die öffentliche Rechtsnatur verweist.

Auch bei der rein öffentlichen Aktiengesellschaft besteht nur eine beschränkte Möglichkeit, dieselbe dem Regime des OR zu entziehen. Auch hier kann zwar der Bund seine Unternehmungen einer besondern Ordnung unterwerfen. Für die Kantone ist jedoch durchwegs das Aktienrecht verbindlich, sofern es sich nicht um durch kantonale Gesetze gegründete Gesellschaften handelt, die unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden und für die der Kanton die subsidiäre Haftung übernimmt. In diesem Falle untersteht die Gesellschaft dem im Gründungsgesetz enthaltenen kantonalen Aktienrecht, das ein mehr oder weniger stark ausgesprochenes öffentlichrechtliches Gepräge aufweist ⁶.

Hingegen ist der Weg der Ausscheidung rein öffentlicher Verbände aus der Privatrechtssphäre bei der Genossenschaft gangbar, wo Art. 829 OR ausdrücklich statuiert, dass für öffentlichrechtliche Personenverbindungen genossenschaftlichen Charakters das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten bleibe.

Wissenschaftlich und rechtspolitisch bleibt jedoch für alle Fälle das Problem aktuell, ob die öffentlichen Zwecken dienenden Unternehmungen des Gemeinwesens auf Grund ihres spezifisch öffentlichen Gehaltes nicht dem Bereich des Privatrechts entzogen und in die Sphäre des öffentlichen Rechts versetzt werden sollten. Die noch darzustellenden rechtsstaatlichen Bedenken werden dieses Postulat jedenfalls als gerechtfertigt erscheinen lassen. Praktische Bedeutung erhält diese Frage einstweilen dort, wo öffentliche Unternehmungen einer spezialgesetzlichen Regelung unterstellt sind und deren Rechtsnatur daher umstritten ist, wie z. B. im Falle der Nationalbank A.-G. oder der erwähnten kantonalrechtlichen Gesellschaften gemäss Art. 763 OR. Für diese Fälle muss vom rechtspolitischen Standpunkt

⁶ Art. 763 OR; Siegwart, Einl. AG, N. 89.

aus festgestellt werden, dass es jedenfalls keinen Sinn hat, öffentliche Tatbestände in Privatrechtsform, deren eigentliche Rechtsnatur zweifelhaft ist, um ihrer Form willen unter allen Umständen ins Privatrecht hineinzwängen zu wollen. Im Interesse der Reinhaltung des Privatrechts ist es unzweifelhaft zweckmässiger, solche Zwitterinstitute grundsätzlich als öffentlichrechtliche zu taxieren; nur so kann eine Privatrechtssphäre erhalten bleiben, die mit gutem Gewissen als solche bezeichnet werden kann. Die zunehmende Durchdringung des Privatrechts mit öffentlichen Tatbeständen hat nämlich zur Folge, dass schliesslich dieses Rechtsgebiet sich auch formell den wesensfremden Elementen anpassen muss, womit die Existenz des Privatrechts praktisch illusorisch wird.

II. Rechtsstaatliche Bedenken

Die öffentliche Tätigkeit des Gemeinwesens in privatrechtlichen Formen ist nicht nur vom Gesichtspunkt des Privatrechts aus problematisch, indem sie dessen eigentlichem Sinn und Zweck widerspricht, sie lässt sich auch mit den Grundsätzen des öffentlichen Rechts im Hinblick auf die Verwirklichung des Rechtsstaatsgedankens nicht in Einklang bringen. Mit der Feststellung Fleiners¹, dass das Privatrecht der öffentlichen Verwaltung «zu einer fast unübersehbaren Erweiterung ihres Machtbereiches» verholfen habe, ist das Problem bereits grell beleuchtet: Die privatrechtlichen Mittel verschaffen dem Staate Möglichkeiten zur Entfaltung seiner Wirksamkeit, die er im Rahmen seiner öffentlichrechtlichen Befugnisse nicht besässe. Es vollzieht sich in der «Flucht von Staat und Gemeinden ins Privatrecht»² ein Vorgang, der durchaus nicht so harmloser Natur ist, wie es äusserlich betrachtet den Anschein hat. Man sieht in der Regel nur die Vorteile, die dem Gemeinwesen durch die Organisation seiner öffentlichen Anstalten in Privatrechtsform zugute kommen und lobt die öffentliche Unternehmung im Rechtskleid der privaten Wirtschaftskörper als eine fortschrittliche Errungenschaft moderner Staatsverwaltung. Zugegeben, die Verwendung privatrechtlicher Formen bei der Verwirklichung staatlicher Verwaltungs-

¹ Fleiner, Inst., S. 126.

² Fleiner, Inst., S. 326.

aufgaben ermöglicht der öffentlichen Hand eine den gesteigerten Anforderungen der modernen Wirtschaft gerecht werdende Anpassung ihrer Leistungen; dieser Umwandlungsprozess darf jedoch nicht dazu führen, dass mit der Uebernahme der privatrechtlichen Struktur Rechtsgrundsätze in die öffentliche Verwaltungstätigkeit Eingang finden, die derselben in keiner Weise adäquat sind. Rein formell kann zwar gegen die Tatsache, dass der Staat seine öffentlichen Anstalten nach privatrechtlichem Muster organisiert, nichts eingewendet werden; problematisch ist hingegen die hieraus gezogene Konsequenz, der betreffende Verwaltungskörper sei nun Privatrechtssubjekt und könne somit seine öffentlichen Funktionen wie eine Privatperson nach rechtsgeschäftlichem Belieben ausüben.

Das private Rechtsgeschäft ist die inhaltlich ungebundene, der Willkür der Parteien anheim gestellte autonome Ordnung³. Soweit die staatliche Rechtsordnung das Rechtsgeschäft unter Privaten zulässt, verzichtet sie darauf, das Verhalten der Rechtsgenossen selbst zu bestimmen; sie überlässt es innert bestimmter Grenzen der beliebigen, willkürlichen Entschliessung der Beteiligten, eine private rechtliche Ordnung ihres Verhaltens zu statuieren⁴. Die Meinung des Privatrechts ist also die, dass der Einzelne durch die Freiheit rechtsgeschäftlicher Betätigung in dem durch Verfassung und Gesetz umrissenen privatrechtlichen Bereich seine individuellen Interessen wahren und seine subjektive Willkür zur Geltung bringen soll. Auch dem Gemeinwesen soll diese Sphäre der rechtsgeschäftlichen Willensfreiheit zur Verfügung stehen, wo es gleich dem Individuum seine privaten subjektiven Zwecke verwirklicht. Insofern kann auch der Staat ohne Widerspruch sich der privatrechtlichen Institute bedienen und die Beziehungen zu seinen Bürgern auf vertraglichem Wege willkürlich regeln.

Allein, die zufällige eigennützige Verwaltungstätigkeit ist nicht die typische Erscheinungsart staatlicher Wirksamkeit; Sinn und Zweck des Staates ist vielmehr die Wahrnehmung der Gesamtinteressen, der Schutz des Gemeinwohles⁵. Der Staat ist die rechtliche Einrichtung, die im Dienste der Allgemeinheit steht und die deren Interessen gegenüber den widerstrebenden Interessen der Individuen

³ Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft, S. 51 f.

⁴ Burckhardt, Organisation, S. 19.

⁵ Ruck, Schweiz. Verwaltungsrecht I, S. 135.

vertritt⁶. Wo er aber in dieser Eigenschaft auftritt, kann ihm das für individuelle subjektive Zwecke geschaffene Privatrecht auch nicht die adäquaten Rechtsmittel zur Verfügung stellen; denn wo er seine öffentlichen Aufgaben erfüllt, die entweder durch Verfassung und Gesetz abschliessend den zuständigen Organen überbunden sind oder die die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen zu bestimmen berufen sind, kann nicht rechtsgeschäftliche Willkür der beteiligten Willensträger über die Notwendigkeit und die Art und Weise der Ausübung ihrer Funktionen entscheiden⁷.

Ein Verweis der Verwaltungsbehörden auf ihr freies Ermessen erweckt allerdings den Anschein, dass Entscheidung nach subjektivem Belieben der betreffenden Organe beabsichtigt sei. Allein, die Freiheit des Ermessens kann einem staatlichen Funktionär nicht gegeben sein, um Willkür zu üben, sondern um das objektive Recht zu verwirklichen⁸. Das Gebiet der freien Willensbetätigung, des freien Ermessens staatlicher Behörden ist nicht weniger durch das Recht beherrscht als das Gebiet der gesetzlich gebundenen Verwaltungstätigkeit, nur dass die massgebenden Normen keine gesetzliche Ausprägung gefunden haben, sondern lediglich im Grundsatz bestehen⁹. Wo immer die Interessen der im Staate organisierten Gesamtheit im Spiele stehen, darf nicht prinzipienlose Willkür massgebend sein, sondern grundsatztreue Sachlichkeit, getragen vom Willen, der Allgemeinheit zu dienen. Das freie Ermessen der Verwaltung ist daher nicht subjektive, sondern objektive Entscheidung. Aus diesem Grunde widerspricht auch hier die privatrechtliche Form der öffentlichen Natur der staatlichen Funktion; nur in öffentlich-rechtlicher Form findet der Gedanke der öffentlichen Fürsorge seine volle Verwirklichung¹⁰.

Das gilt nicht bloss für die Tätigkeit der eigentlichen staatlichen Verwaltungsorgane, das gilt auch für die Funktion der selbständigen öffentlichen Verwaltungskörper, und es gilt ebenfalls für die organisatorische Gestaltung und die internen Rechtsbeziehungen dieser aus dem staatlichen Verwaltungsapparat ausgegliederten Verbände.

⁶ Vgl. unten S. 55.

⁷ Burckhardt, Organisation, S. 68, 84.

⁸ Burckhardt, Organisation, S. 56.

⁹ Burckhardt, Organisation, S. 57 f.

¹⁰ Fleiner, Inst., S. 336 f.

Auch diese sollten konsequenterweise nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten organisiert sein, damit ihr internes Rechtsleben eine der öffentlichen Zweckbestimmung angepasste Grundlage zu bieten vermag. Weder die internen Rechtsbeziehungen der Willensträger solcher Unternehmungen noch die Rechtsverhältnisse zu ihren Benützern und Konsumenten können auf willkürlichem rechtsgeschäftlichem Wege geregelt werden, soll nicht der unwiderlegbare Widerspruch zwischen Zweckaufgabe und Mittelwahl in Erscheinung treten. Ob es der Staat selbst ist, der öffentliche Interessen wahrnimmt, oder eine von ihm gebildete selbständige Anstalt oder Körperschaft bleibt sich hinsichtlich des Willenssubstrates, das der Zweckverwirklichung zugrunde liegt, völlig gleich. So wenig der Staat seine Aufgaben der Willkür einiger Personen anheim geben kann, so wenig kann er auch die zu Trägern eines ihm eingeordneten Verwaltungskörpers berufenen Personen über die Erfüllung des ihnen zugewiesenen öffentlichen Zweckes nach Belieben verfügen lassen. In beiden Fällen soll eine objektive, der Verwirklichung des staatlichen Rechtsgedankens dienende Aufgabe erfüllt werden, die konsequenterweise niemals der subjektiven Entschliessung einer der Gesamtheit unverantwortlichen Privatperson ausgeliefert werden kann.

Dass die Rechtspraxis in diesem Widerspruch verharret und ihn immer wieder neu schafft, darf die wissenschaftliche Forderung auf dessen Beseitigung nicht erlahmen lassen, umsomehr als in ihm eine konstante Verletzung des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und damit eine Untergrabung des Rechtsstaatsgedankens erblickt werden muss. Der Einwand, dass auch privatrechtlich geführte Verwaltung gesetzmässig sei¹¹, ist nur insofern richtig, als sie sich an die gesetzlichen Schranken rechtsgeschäftlicher Tätigkeit halten muss; das Privatrecht schreibt jedoch nicht vor, ob ein Rechtsgeschäft zu betätigen und welcher Inhalt ihm zu geben sei, auch nicht, dass es unbedingt zu erfüllen sei. Das liegt im individuellen Belieben der Beteiligten, in jenem subjektiven Element, welches ein Rechtsverhältnis eben zum privatrechtlichen macht¹². Die privatrechtliche Verwaltungstätigkeit des Staates bewegt sich daher

¹¹ Fleiner, Inst., S. 131.

¹² Burckhardt, Organisation, S. 81.

ausserhalb des objektiven Rechtsprinzips; weder ist sie durch Gesetz abschliessend umschrieben, noch ist das Verwaltungsorgan in seinem freien Ermessen objektiv gebunden. Deshalb ist es nur folgerichtig, sie als willkürliche Verwirklichung öffentlicher Aufgaben zu betrachten.

Nun ist allerdings richtig, dass das private Rechtsverhältnis zwischen Staat und Untertan nur bei Willensübereinstimmung, also nur mit Zustimmung des Privaten entstehen kann. Es scheint daher, dass unter diesen Umständen auch nicht von Willkür von Seiten des Staates gesprochen werden könne. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch im öffentlichen Recht zustimmungsbedürftige Rechtsakte existieren¹³, ohne dass deswegen auf den Schutz gegen Willkür verzichtet werden könnte; denn der Einzelne kann mangels genauer Kenntnis der Rechtslage oder unter dem Druck der Macht des Staates auch für rechtswidrige Akte seine Zustimmung geben. Es handelt sich nicht in erster Linie darum, ob vom Gesichtspunkt des Privaten Willkür vorliege, sondern ob das Rechtsverhältnis der objektiven Verwirklichung der dem Staate zugrundeliegenden, das Gemeinwohl anstrebbenden Rechtsidee entspreche.

Gegen die Auffassung, dass privatrechtliche Verwaltungsführung in organisatorischer und funktioneller Hinsicht dem Rechtsstaatsgedanken zuwiderlaufe, mag ferner eingewendet werden, dass in dieser Richtung die Praxis bis anhin keine Beweise geliefert habe, dass sich diese Verwaltungsform vielmehr in jeder Beziehung bewähre und nicht mehr wegzudenken sei. Allein, damit ist erstens die theoretische Berechtigung der Feststellung nicht widerlegt, und zweitens die Möglichkeit erst mit fortschreitender Entwicklung zutage tretender Mißstände nicht ausgeschlossen. Einzelne Anzeichen hiefür sind vorhanden.

Beispielsweise bedeutet es ohne Zweifel eine Verletzung des Rechtsgleichheitsprinzips, wenn eine privatrechtlich organisierte öffentliche Anstalt, die über ein Monopol verfügt, ihre der Allgemeinheit dienenden Leistungen ohne sachlichen Grund dem einen gewährt und dem andern versagt. Da die Anstalt sich auf die privatrechtliche Natur ihrer selbst und ihrer Rechtsbeziehungen beruft, ist es dem Benachteiligten unmöglich, mit einem Rechtsmittel gegen

¹³ Fleiner, Inst., S. 192; Ruck, Verw.R. I, S. 68.

diese offensichtliche materielle Rechtsungleichheit vorzugehen¹⁴. Weder ist eine Berufung auf einen Kontrahierungszwang möglich, noch besteht die Möglichkeit, einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch geltend zu machen. Vor allem aber ist die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung ausgeschlossen, da sich dieselbe nur gegen staatliche Hoheitsakte, niemals aber gegen eine privatrechtliche Willenserklärung des Staates richten kann¹⁵.

Das Fehlen dieses Rechtsmittels wird sich auch immer dann praktisch geltend machen, wenn das dem Privatrecht unterstellte Verwaltungsunternehmen seine rechtsgeschäftliche Freiheit in der Weise ausnützt, dass es beim Abschluss der Benützungs- oder Lieferungsverträge willkürlich materielle, gegen das öffentliche Interesse verstossende Privilegien und Exemptionen gewährt oder andere einer von objektiven Grundsätzen geleiteten Geschäftsführung zuwiderlaufende Rechtsungleichheiten begeht. Es ist dies eine Praxis, die mit individuellen Verfügungen einer Verwaltungsbehörde zu vergleichen ist, mit welchen diese neues, gegen die objektivrechtlichen Grundsätze verstossendes Recht schafft¹⁶.

Durch das Privatrecht wird auch dem Konsumenten eines öffentlichen Betriebes unmöglich gemacht, seinen Einfluss auf dessen im Interesse aller liegenden Leistungen über seine politischen Rechte geltend zu machen. Das Argument, dass beispielsweise da, wo die Produktion elektrischer Energie in der Macht der Kantone liegt, die Abnehmer als Staatsbürger die Möglichkeit hätten, ihre Rechte zu wahren, ist nicht sonderlich stichhaltig, besonders dort nicht, wo die Energieproduktion von interkantonalen Aktiengesellschaften übernommen ist, auf deren Geschäftsführung lediglich die kantonalen Regierungen einen gewissen Einfluss nehmen können, niemals aber der Konsument¹⁷. Ein solches Unternehmen hat stets die Möglichkeit, sich dem Bürger gegenüber hinter seine private Rechtsnatur zu verschanzen und in dieser Eigenschaft jede öffentlichrechtliche Verantwortlichkeit abzulehnen. Dem Konsumenten bleibt theore-

¹⁴ Riegner, Die Verwirklichung von Staatszwecken mit privatr. Mitteln, S. 148.
Dasselbe gilt für eine öffentlichrechtl. Anstalt, deren Benützungsordnung privatrechtl. ausgestaltet ist.

¹⁵ Giacometti, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesger., S. 96 f.

¹⁶ Burckhardt, Organisation, S. 266 f.

¹⁷ Hultegger, Die Tätigkeit der öffentl. Gemeinwesen, S. 113.

tisch lediglich auf indirektem Wege, über die staatliche Aufsicht, eine bescheidene Möglichkeit der Vertretung seiner Interessen. Von praktischer Bedeutung wird jedoch dieser Einfluss nie sein, da ja gerade im Bestreben, durch die privatrechtliche Grundlage dem Unternehmen eine möglichst weitgehende Selbständigkeit zu geben, die staatlichen Aufsichtsrechte in der Regel auf ein Minimum beschränkt sind.

Die Ausnützung der Monopolstellung eines öffentlichen Unternehmens durch den Staat verschafft demselben ferner die Möglichkeit, sich durch eine auf möglichst hohen Ertrag gerichtete Preis- und Tarifpolitik Einnahmen zu verschaffen, die ihm sonst nur auf dem Wege der Steuer oder der Gebühr, auf jeden Fall nur auf gesetzlicher Grundlage erreichbar wären. Eine solche unter dem Schutze der privatrechtlichen Autonomie vor sich gehende fiskalische Erwerbstätigkeit auf dem Rücken einer im Dienste der Gesamtheit stehenden Fürsorgeleistung stellt ohne Zweifel einen Verstoss gegen das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung dar.

Schliesslich wird in diesem Zusammenhang auch die grundlegende Frage aktuell, inwieweit überhaupt der Staat zur Errichtung privatrechtlich organisierter Unternehmungen berechtigt ist, inwieweit er also auf diesem Wege die private Wirtschaftstätigkeit in ihrem verfassungsrechtlich geschützten Bereich der Handels- und Gewerbe-freiheit beschränken darf. Art. 31 I der Bundesverfassung¹⁸ gewährleistet dieses Freiheitsrecht für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft, soweit nicht die BV selbst und die auf ihr beruhende Gesetzgebung diesen Grundsatz beschränken. Es soll also das privatwirtschaftliche Erwerbsleben vor staatlichen Zugriffen grundsätzlich frei sein; nur soweit der Verfassungsgesetzgeber bestimmte Tätigkeiten dem Gemeinwesen vorbehält, soll die Wirtschaft der Privaten mit ihrem freien Wettbewerb ausgeschaltet sein. Das trifft in erster Linie zu für die Monopole des Bundes, wie das Banknotenmonopol, das Münzregal, das Eisenbahn- und Postregal, das Alkoholmonopol usw. Vorbehalten sind aber gemäss Art. 31 II BV auch die kantonalen Regalrechte wie beispielsweise das Salzregal. Im übrigen steht es den Kantonen zu, über die Ausübung von Handel und Gewerben

¹⁸ In der rev. Fassung gemäss B.Beschl. über eine Revision der Wirtschaftsartikel der BV vom 4. April 1946.

Bestimmungen zu erlassen, die jedoch, soweit die BV nicht ausdrücklich etwas anderes vorsieht, den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen dürfen¹⁹. Bestimmungen auf Grund dieses Vorbehaltes können die Kantone somit nur im Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, d. h. als Gewerbepolizeirecht erlassen²⁰. In die Freiheitssphäre des Privaten eingreifende Erlasse und Verfügungen, die sich nicht durch das öffentliche Interesse rechtfertigen lassen, sind verfassungswidrig und können mit der staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden.

Nicht in den Bereich dieser gewerbepolizeilichen Rechtssetzungsbefugnis gehört die Statuierung eines kantonalen Monopoles. Die Kantone können zwar die Beschränkung einer gewerblichen Tätigkeit auf Grund ihrer polizeilichen Kompetenzen so weit steigern, dass diese einem Verbot der Gewerbeausübung gleichkommt²¹. Sie können aber eine private Erwerbstätigkeit nicht auf diese Weise verbieten und dieselbe dann selbst als Monopol übernehmen, es sei denn, dieses Monopol beruhe auf einem Verfassungsrechtstitel. Die gewerbepolizeilichen Kompetenzen der Kantone beschränken sich nach dem Wortlaut der Verfassung auf die Regelung der Ausübung eines Gewerbes und können im Maximum das Verbot der betreffenden Tätigkeit statuieren. Sie schliessen jedoch niemals das Recht in sich, ein Monopol zu begründen, welches seinem Wesen nach die Handels- und Gewerbefreiheit im Grundsatz aufhebt. Art. 31 II BV schreibt ja ausdrücklich vor, dass die kantonalen Bestimmungen das Freiheitsprinzip selbst nicht beeinträchtigen dürfen.

Die Begründung eines kantonalen rechtlichen Monopoles sollte richtigerweise nur möglich sein, wenn die Bundesverfassung hiezu ausdrücklich die Ermächtigung erteilt²². Eine andere Interpretation kann dem Wortlaut des Art. 31 I BV, der die Befugnis zur Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit ausdrücklich nur der BV und der auf ihr beruhenden Gesetzgebung gewährt, nicht gegeben werden. Und zwar sind kantonale Monopole nicht nur bei fiskalischen Motiven ausgeschlossen; auch bei Vorliegen öffentlicher Inter-

¹⁹ Art. 31 II BV.

²⁰ Giacometti, Verf.Gerichtsbarkeit, S. 51.

²¹ Burckhardt, Kommentar zur BV, S. 239; Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 385; Giacometti, Verf.Ger., S. 52.

²² Fleiner, BStR, S. 382.

essen genügen diese nicht, um ein Gewerbe den durch Art. 31 BV geschützten Privatpersonen zu entziehen. Das Bundesgericht²³ vertritt zwar die Ansicht, dass die Errichtung kantonaler Unternehmungen mit Monopolcharakter dann nicht zu beanstanden sei, wenn sich dafür allgemeine Interessen, Gründe des öffentlichen Wohles geltend machen lassen und die Gründung nicht etwa bloss fiskalischen Motiven entspringt. Wo dem Unternehmen Gründe der ersten Art zur Seite stehen, müsse sich der Einzelne die daraus folgenden Einschränkungen seines privaten Tätigkeitsgebietes ebenso gefallen lassen, wie jede direkte durch das öffentliche Wohl begründete Beschränkung. Unseres Erachtens stehen jedoch soweit, als das Interesse der Allgemeinheit schutzbedürftig ist, in erster Linie die erwähnten gewerbepolizeilichen Beschränkungen zur Verfügung. Genügen solche Massnahmen nicht, so ermächtigt Art. 31 bis der BV den Bund, unter Wahrung der allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft weitgehende Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerben zu erlassen, wobei er gemäss Absatz 3 des erwähnten Artikels in bestimmten Fällen, sofern das Gesamtinteresse es rechtfertigt, vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen kann. Die zu treffende Ordnung geht dabei durchwegs in der Richtung einer Hilfe zugunsten einer selbständigen privaten Wirtschaft, niemals aber in der Richtung einer Verstaatlichung derselben. Es entspricht daher durchaus dem Sinne der BV, dass die rigoroseste Massnahme, die staatliche Monopolisierung eines ganzen Erwerbszweiges sowohl von seiten des Bundes als auch von seiten der Kantone nur auf Grund verfassungsrechtlicher Ermächtigung getroffen werden kann.

Nicht beantwortet ist damit die Frage, ob den Kantonen, sowie deren Gemeinden auf Grund von Art. 31 BV wenigstens die Errichtung solcher Unternehmungen gestattet ist, die keine Monopolstellung beanspruchen, sondern lediglich neben den privaten Unternehmern am Wirtschaftsprozess teilnehmen. Es handelt sich also hier um das Recht des Gemeinwesens zur Ausübung gewerblicher Unternehmenstätigkeit an sich und nicht darum, ob es dieses Recht auf einem bestimmten Gebiet ausschliesslich ausüben dürfe. Die private Wirtschaftsfreiheit wird hier nicht im Grundsatz aufgehoben, sie

²³ BGE 38 I 52, 47 I 251. Gleicher Meinung auch Burckhardt, Komm., S. 228 ff.

wird auch nicht auf Grund besonderer öffentlichrechtlicher Vorschriften beschränkt; der verfassungsmässig gewährleistete Wirtschaftsraum des Individuums wird hier nur de facto durch die Konkurrenz der öffentlichen Betriebe mehr oder weniger eingeengt. Dabei ist allerdings nicht ausser acht zu lassen, dass diese Einengung bis zur völligen Erdrückung der privaten Wirtschaftsträger führen kann, weil der öffentliche Unternehmer stets die wirtschaftlichen Machtmittel in der Hand hat, um die private Konkurrenz aus dem Felde zu schlagen und das tatsächliche Monopol an sich zu reissen.

Das Recht zur Begründung solcher Gewerbebetriebe kann den Kantonen und den Gemeinden unter dem Gesichtspunkt des Art. 31 BV jedenfalls dann nicht abgesprochen werden, wenn sie dafür ein öffentliches Interesse geltend machen können und dasselbe in ihrem Betrieb auch zu wahren beabsichtigen²⁴; denn in diesem Falle bewegen sie sich im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgaben und üben kein Gewerbe im Sinne einer auf Erwerb gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit aus²⁵, auch wenn durch eine privatwirtschaftliche, kaufmännische Betriebsführung eine Rendite zur Verzinsung des investierten Kapitals erreicht werden soll. Sie selbst berühren infolgedessen die Sphäre der privaten Erwerbstätigkeit nicht, wenn sich ihre Funktion auch auf dieselbe auswirkt. Wenn der Sinn und Zweck des Staates darin besteht, die Interessen der Gesamtheit wahrzunehmen, so muss es ihm auch frei stehen, eine bestimmte Tätigkeit als diesem Zweck entsprechend der öffentlichen Verwaltungsfunktion einzureihen, selbst wenn er damit der Privatwirtschaft ein Wirkungsfeld beschränkt oder entzieht. Voraussetzung ist bloss, dass die Uebernahme der betreffenden Verwaltungsfunktion dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung getreu auf gesetzlicher Ermächtigung beruht; denn es muss als ein Zustand der Willkür bezeichnet werden, wenn Staat und Gemeinden sich nach Belieben auf diese oder jene Tätigkeit werfen, ohne dass dieses Recht gesetzlich begründet und fest umschrieben wird²⁶. Vor allem kann eine Gemeinde nur dann eigene Unternehmungen errichten, wenn ihr das kantonale Recht dies ausdrücklich gestattet.

Die Begründung eines öffentlichen Unternehmens zur Erfüllung

²⁴ Fleiner, BStR, S. 382; BGE 47 I 251, 58 I 293.

²⁵ Burckhardt, Methode und System des Rechts, S. 268.

²⁶ Burckhardt, Komm., S. 230.

einer öffentlichen Fürsorgeaufgabe hat jedoch vor Art. 31 BV keinen Bestand, wenn nicht auch Gewähr dafür besteht, dass die Durchführung der Aufgabe im öffentlichen Interesse erfolgt. Es ist ohne Zweifel eine Verletzung der Verfassung, wenn im Laufe der Betriebsführung die für das Gemeinwohl bestimmte Leistung des Unternehmens in den Dienst fiskalischer Erwerbsabsichten gestellt wird. Wenn ein Gemeinwesen eine Tätigkeit unter Hinweis auf die zu wahrenen Gesamtinteressen an die Hand nimmt, dann muss es auch bei der Durchführung der Aufgaben zeigen, dass es diese Interessen anerkennt ²⁷.

Diese Bindung an das öffentliche Interesse kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn der Erfüllung der öffentlichen Zweckaufgabe eine entsprechende rechtliche Organisation zugrunde gelegt wird. Diese kann nur öffentlicher Natur sein. Nur das öffentliche Recht vermag die Grundsätze und Regeln zur Verfügung zu stellen, die eine auf die zu schützenden öffentlichen Interessen abgestimmte Zweckverwirklichung garantieren. Will daher das Gemeinwesen sich als Unternehmer im Dienste des Gemeinwohles am Wirtschaftsleben beteiligen, so steht ihm hiefür konsequenterweise nur die Rechtsform der öffentlichrechtlichen Anstalt oder Körperschaft zur Verfügung, wobei nicht ausgeschlossen ist, dieselben möglichst nach privatwirtschaftlichem und privatrechtlichem Vorbild auszugestalten, stets aber unter Einhaltung der öffentlichrechtlichen Grundlinie.

Errichtet das Gemeinwesen eine mit einer öffentlichen Verwaltungsaufgabe betraute Unternehmung in privatrechtlicher Form, so verstösst es damit gegen Art. 31 BV. Als privatrechtlich organisierter Wirtschaftskörper bewegt sich der Staat nicht mehr in der Sphäre der ihm eigentümlichen öffentlichen Verwaltungstätigkeit, sondern er will als privater Unternehmer erscheinen, als ein jedem Individuum gleichgestelltes Privatrechtssubjekt, um sich die verfassungsrechtlich geschützte wirtschaftliche Freiheit zunutze zu machen. Er übt also ein Freiheitsrecht aus, das dem Individuum vorbehalten sein soll, damit es vor den Eingriffen des Staates geschützt sei. Dass der Staat auf diese Weise unter dem Deckmantel des Privatrechts die Freiheit des Einzelnen untergräbt, ist offensichtlich. Er masst sich

²⁷ Bühler, S. 147.

ein Freiheitsrecht an, um unter dessen Schutz denjenigen die Freiheit zu entreissen, denen sie verfassungsrechtlich zugesichert ist. Es unterliegt keinem Zweifel, dass das Gemeinwesen sich auf das Individualrecht der Gewerbefreiheit nicht berufen kann²⁸; denn es widerspricht dessen Sinn vollständig, wenn der Staat sich dasselbe zunutze macht, während er gegenteils mit demselben den Privatpersonen die freie Betätigung ihrer Kräfte gewährleisten will.

Das ändert sich auch nicht, wenn der Staat ausschliesslich aus fiskalischen Gründen sich am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt, wenn er also auch materiell als Privatmann erscheint. Auch dann gilt die Ueberlegung, dass der Staat nicht die Gewerbefreiheit zugunsten der Individuen garantieren könne, um dann deren Ausübung durch eigene erwerbswirtschaftliche Konkurrenzunternehmen, die im Wirtschaftskampf stets als das Monopol erstrebende Machtgebilde erscheinen, zu untergraben²⁹.

Wir gelangen damit zum Schluss, dass gemäss Art. 31 BV die öffentlichen Unternehmungen von Kanton und Gemeinden, die ihre Existenz durch die Wahrung öffentlicher Interessen rechtfertigen können, in den adäquaten Formen der öffentlichrechtlichen Anstalt oder Körperschaft in Erscheinung treten sollten, damit ihnen nicht trotz ihres öffentlichen Zweckes der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit gemacht werden kann. Allein, diese Forderung ist, wie wir gesehen haben, in der Praxis keineswegs verwirklicht. Ueber die unverkennbare Tatsache, dass durch eine solche Aushöhlung eines verfassungsmässigen Freiheitsrechtes, sowie durch die oben dargelegten Widersprüche gegen die rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtsgleichheit und der Gesetzmässigkeit der Verwaltung der Rechtsstaat in seinen Grundfesten erschüttert wird³⁰, setzt man sich allgemein ohne grosse Bedenken hinweg.

Es soll daher hier angesichts der nicht zu ändernden Wirklichkeit im Interesse einer folgerichtigen Verwirklichung der Rechtsstaatsidee

²⁸ Burckhardt, Komm. S. 227; Frank, Gewerbefreiheit u. öff. Untern., S. 21; Bühler, S. 143 f. BGE 48 I 108, 60 I 231, 66 I 74, 72 I 21.

²⁹ Es ist deshalb z. B. das Ladenverkaufsgeschäft des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich als verfassungswidrig zu betrachten, weil dieses Unternehmen sich auf kein öffentliches Interesse berufen kann.

³⁰ Kaufmann, Der Schutz des öff. Rechts (Veröff. d. Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 2) S. 115.

ein Ausweg gesucht werden, der die erwähnten Widersprüche und Inkonssequenzen überbrücken würde.

Der traditionelle Rechtsstaatsgedanke hat vor allem das Ziel, das Individuum gegen die Allmacht des Staates zu schützen, es gegen die Willkür der staatlichen Willensträger zu sichern. Deshalb ist oberstes Prinzip des rechtsstaatlichen Denkens die Bindung des öffentlichen Willens an das Gesetz; die Rechtsidee soll in Gesetzesform konkretisiert werden ³¹. Als Ideal des Rechtsstaates erscheint unter diesem Gesichtspunkt eine totale Erfassung aller staatlichen Handlungsmöglichkeiten in einem System von Normierungen, wodurch der Staat in seinem ganzen Wirken restlos gebunden wäre ³². Praktisch wird jedoch ein solcher Zustand nie erreicht werden können. Das Postulat der Gesetzmässigkeit der Verwaltung muss sich daher damit begnügen, dass das Gesetz eine weitgehende Grundlage der öffentlichen Verwaltung darstelle und kann im weitem nur die Forderung stellen, dass das freie Ermessen der staatlichen Funktionäre von den gleichen Grundsätzen beherrscht sei, die für den Gesetzgeber beim Erlass seiner gesetzlichen Anordnungen massgebend sind ³³. Diese Forderung aber deckt sich genau mit der bereits angeführten Auffassung ³⁴, dass öffentliche Wirksamkeit des Staates konsequenterweise nicht subjektiv willkürlich, sondern nur objektiv gebunden erfolgen könne. Mit andern Worten: Das Postulat, dass der Staat nur gebunden handeln *dürfe*, entspricht der Meinung, dass er es nicht anders *könne*. Wenn also das Gesetzmässigkeitsprinzip auch das freie Ermessen der Verwaltung umfasst, so stellt es die Anerkennung jenes Rechtsstaatsbegriffes dar, der in jeder öffentlichen Tätigkeit des Staates eine objektive Rechtsfunktion sieht, so dass jeder Staat nichts anderes als Rechtsstaat sein kann ³⁵. Daraus ist zu schliessen, dass jede Willenskundgebung des Staates, die in Wahrnehmung von Gesamtinteressen erfolgt, objektive Rechtsverwirklichung darstellt und damit in den Bereich des öffentlichen Rechts gehört. Somit muss auch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch

³¹ Fleiner, Inst., S. 130 ff.; Ruck, VR I, S. 23, 131.

³² Schmitt, Verfassungslehre, S. 133, 150.

³³ Fleiner, Inst., S. 146; Ruck, Schweiz. Staatsrecht, S. 141.

³⁴ Vgl. S. 41.

³⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 127; Burckhardt, Meth., S. 214.

das Gemeinwesen unter Verwendung privatrechtlicher Mittel, so paradox dies klingen mag, als grundsätzlich in die öffentliche Rechtssphäre gehörend betrachtet werden. Dass diese Schlussfolgerung vertretbar ist, soll die nachfolgende Untersuchung des nähern zeigen.

3. Kapitel

DIE EINGLIEDERUNG DER PRIVATRECHTLICH ORGANISIERTEN ÖFFENTLICHEN UND GEMISCHTEN UNTERNEHMUNGEN IN DAS RECHTSSTAATLICHE VERWALTUNGSSYSTEM

I. Begriff und Funktion der öffentlichen Verwaltung

A. Öffentliche Interessen und öffentliche Verwaltung

Der Ausdruck «Verwaltung» bezeichnet allgemein die Tätigkeit des Menschen, die im Besorgen seiner Geschäfte besteht¹. Es ist ein planmässiges, auf ein bestimmtes Ziel gerichtetes Handeln, das seinen Ursprung in den subjektiven menschlichen Interessen findet, d. h. in der aus vitalen und psychischen Antrieben oder Bedürfnissen stammenden Anteilnahme des Menschen an einem Andern, an einer Sache oder einem Geschehen. Aus dieser Anteilnahme, die in einer nicht von der rationalen Einsicht her bestimmten Verhaltensweise des Auswählens, Bedeutunggebens, Wertens zum Ausdruck kommt², empfängt der Verwaltungswille den Impuls zur Aktivität, durch welche der gewünschte Erfolg herbeigeführt werden soll. Das angestrebte Ziel der Willensbetätigung stellt das Interesse im objektiven Sinne dar, das gleichbedeutend ist mit dem Nutzen oder Vorteil, der jemandem zugute kommt³, sei er materieller oder ideeller Natur. Interesse gegenständlich aufgefasst ist das Anteilhaben, im Gegensatz zum subjektiven Anteilnehmen⁴. Beide Interessensbegriffe bedingen sich gegenseitig insofern, als der objektive Nutzen das entsprechende Interesse wachruft, während zur tatsächlichen Verwirklichung des Nutzeffektes die subjektive Anteilnahme Voraussetzung

¹ Fleiner, Inst., S. 3.

² Hoffmeister, Wörterb. d. phil. Begriffe, S. 383.

³ Eisler, HWB der Philosophie, S. 312.

⁴ Geffcken, Das Gesamtinteresse als Grundlage des Staats- und Völkerrechts, S. 1.

ist. Das verbindende Element ist dabei die Willensbetätigung, die Verwaltungshandlung, die das Interesse erst eigentlich objektiviert; erst durch seine Verwirklichung macht sich sein Nutzen tatsächlich geltend. Der Begriff der Verwaltung kann daher in einem weitesten Sinne als die Wahrnehmung objektiver menschlicher Interessen umschrieben werden, oder mit andern Worten als die Verwirklichung der materiellen und ideellen Erfordernisse des menschlichen Lebens.

Je nachdem wir das Dasein des einzelnen Menschen oder der Vielheit der Individuen innerhalb einer bestimmten Gemeinschaft betrachten, unterscheiden wir Individual- und Kollektivinteressen. Subjektive Individualinteressen sind solche, die von den einzelnen Personen ausgehen, subjektive Kollektivinteressen sind diejenigen, die von der Gesamtheit, von der Gemeinschaft als Einheit zum Ausdruck gebracht werden. Entsprechend sind die Interessen im objektiven Sinne darnach zu unterscheiden, ob sie dem Individuum oder der Kollektivität zugehören. Was dem Einzelnen von Nutzen ist, stellt ein objektives Individualinteresse dar, während das objektive Gesamtinteresse dem entspricht, was der Gesamtheit zum Vorteil gereicht.

Gemäss dieser Differenzierung können wir auch die Verwaltungstätigkeit einerseits darnach unterscheiden, ob sie auf subjektivem Individual- oder Gesamtinteresse beruht, und anderseits, ob sie auf die Wahrnehmung objektiver Interessen der Einzelnen oder der Gemeinschaft gerichtet ist. Dabei liegt der Schluss nahe, dass die auf individueller subjektiver Anteilnahme beruhende Verwaltung auch auf die Verwirklichung individuellen Nutzens gerichtet sei, während dem subjektiven Gesamtinteresse die Wahrnehmung des objektiven Kollektivinteresses entspreche. Allein, die Verwaltung individueller und kollektiver Angelegenheiten lässt sich nicht auf diesen einfachen Nenner bringen. Obschon in der Regel das subjektive Interesse des Einzelnen auf seinen persönlichen Nutzen gerichtet ist und seine Handlungsweise damit eine eigennützige ist, kann derselbe doch auch am Wohl anderer Anteil nehmen und sich die Wahrung ihrer objektiven Interessen zu seiner Aufgabe machen, ohne dabei einen eigenen Vorteil zu haben. Derjenige, der ein objektives Interesse wahrnimmt, braucht also mit dem unmittelbaren Nutzniesser desselben nicht identisch zu sein. Darum kann der Einzelne auch Inter-

essen der Gesamtheit wahrnehmen, indem er das Wohl der Gesamtheit zum Ziel seiner Handlung macht und seine Tätigkeit nach gemeinnützigen Grundsätzen ausübt⁵.

Wie die Erfahrung lehrt, kann jedoch die Wahrnehmung des Gesamtwohles dort nicht dem persönlichen Belieben der Individuen anheim gegeben werden, wo es sich um dasjenige der durch gemeinsames Gebiet und gemeinsame kulturelle, wirtschaftliche und politische Elemente zu einer Schicksalsgemeinschaft verbundenen menschlichen Gesellschaft handelt. Wenn ein gedeihliches Zusammenleben in einer solchen höchsten, über allen natürlichen menschlichen Verbindungen stehenden Gemeinschaft erreicht werden soll, müssen bestimmte, von Ort zu Ort und von Zeit zu Zeit allerdings verschiedene objektive Interessen der Allgemeinheit unabhängig vom subjektiven Interesse und dem freien Willen Einzelner verwirklicht werden, d. h. ihre Wahrnehmung muss einer für alle verbindlichen Ordnung unterworfen werden, die durch eine das subjektive Gesamtinteresse und den Gesamtwillen der Gemeinschaft repräsentierende Organisation realisiert wird. Ihre formelle Ausprägung findet diese Organisation im Staate, in jenem Verbande der Individuen, dessen allgemeinsten Sinn eben darin besteht, an Stelle der vielfältigen Willkür einen einheitlichen, durch allgemeingültige Grundsätze bestimmten Willen, das objektive Recht zu setzen.

Es erhebt sich nun allerdings die Frage, ob nicht auch dieser im objektiven Recht in Erscheinung tretende Einheitswille des Staates letzten Endes subjektiver Natur sei, weil er doch auch durch menschliche Willensträger zum Ausdruck gebracht werden muss, also schliesslich persönlichen Willen derselben darstellt. In der Tat weisen die Willensäusserungen der zur Kundgebung der objektiven rechtlichen, staatlichen Ordnung berufenen Organe insofern ein subjektives Element auf, als deren Begründung auf dem subjektiven Interesse der einzelnen Menschen beruht, auf ihrer persönlichen Einstellung zur Sache, auf ihrem Werten und Ermessen. Nicht subjektiv ist hingegen die Willensbetätigung selbst, das eigentliche Wollen, das stets gebunden ist durch den Sinn seiner Funktion. Dieser Sinn besteht darin, dass der staatliche Willensträger nicht für sich selbst wirkt, sondern für die Gesamtheit. Sein Wille reprä-

⁵ Siegart, Komm. OR Art. 530, N. 30.

sentiert den Willen der Gesamtheit. Also kann er sein persönliches subjektives Urteil nicht als solches seiner Willenshandlung zugrunde legen, sondern muss es vorerst auf seine Uebereinstimmung mit dem subjektiven Interesse der Gesamtheit und damit auf seine Zweckmässigkeit hinsichtlich der Verwirklichung der staatlichen Gemeinschaftsidee prüfen. Darin besteht der wesentliche Unterschied des staatlichen Willens gegenüber dem privaten Willen. Privater Wille ist freie Entfaltung der persönlichen Zielstreben des Menschen; er bedeutet Willkür und Willkür bedeutet das Wollen aus individuellen Impulsen heraus, ohne Rücksicht auf objektive, allgemeingültige Beweggründe ⁶. Staatlicher Wille hingegen bedeutet Verpflichtung und Verantwortung gegenüber der Rechtsgemeinschaft. Das Wollen des staatlichen Willensträgers ist nicht frei, sondern gebunden an die Idee, die der rechtlichen Zusammenfassung der Allgemeinheit zu einer Einheit zugrunde liegt. Staatlicher Wille wird bestimmt durch den Sinn seiner Existenz, der in der Anteilnahme aller am Wohle aller besteht.

Die staatliche Wirksamkeit ist nun allerdings nicht durchwegs dermassen zweckgebunden. Das Gemeinwesen tritt ja nicht immer in bestimmungsgemässer Erledigung gemeinnütziger Aufgaben auf, sondern verfolgt auch wie eine Privatperson eigennützige Zwecke. Soweit dies geschieht, soweit also der Staat seine eigenen, ihm als Persönlichkeit zustehenden Angelegenheiten besorgt, die mit der Oeffentlichkeit in keinem direkten Zusammenhang stehen, besteht in seinem Wirken gegenüber der Tätigkeit der Individuen zur Befriedigung ihrer persönlichen Bedürfnisse kein Unterschied. Der Staat ist hier nicht Repräsentant der Interessen und des Willens der Gesamtheit, nicht Träger der objektiven Rechtsordnung, sondern ein individuelles, dem objektiven Recht unterworfenen Subjekt, das seine besondern Interessen hat und diese nach seinem Belieben wahrnimmt. Daher kann hier seine Tätigkeit auch eine willkürliche sein, ohne dass dies mit dem Sinn seiner Existenz in Widerspruch stände.

Wie soll nun aber der Begriff der öffentlichen Verwaltung umschrieben werden, wenn die Wirksamkeit des Staates nicht auf die Wahrnehmung objektiver Allgemeininteressen beschränkt ist, und

⁶ Eisler, S. 757.

andererseits, wie wir bereits festgestellt haben, auch der Einzelne sich der Erfüllung gemeinnütziger Aufgaben widmen kann? Soll unter öffentlicher Verwaltung alle jene Tätigkeit verstanden werden, die zugunsten der Oeffentlichkeit ausgeübt wird, sei es durch den Staat oder durch Einzelne, oder soll auf den öffentlichen Charakter des Willensträgers abgestellt und alle die Funktionen als öffentliche Verwaltung bezeichnet werden, die von den Organen des Gemeinwesens ausgehen? Oder beschränkt sich dieser Begriff schliesslich auf jene Fälle, da der Staat zum Zwecke der Wahrnehmung von Allgemeininteressen in Erscheinung tritt, wo also Willensträger und Willensziel öffentlichen Charakter aufweisen? Die Antwort ergibt sich aus der Bedeutung des Wortes «öffentlich».

Der Ausdruck «öffentlich» ist, wie schon in seiner lateinischen Form «publicus», von doppeltem Sinn. Er bedeutet einmal «das Volk, das Publikum betreffend, für die Allgemeinheit bestimmt», und das andere Mal «dem Staate als der Verkörperung der Gesamtheit oder zu den staatlichen Einrichtungen gehörend, den Staat angehend»⁷. Die Unterscheidung geht also davon aus, ob vom unorganisierten oder vom staatlich organisierten Gemeinschaftsleben die Rede ist⁸. In der ersten Bedeutung bezieht sich «öffentlich» auf die Allgemeinheit an sich, auf die sich selbst überlassene Vielheit der Individuen, während derselbe Ausdruck in seinem engeren Sinne zwar auch auf die Allgemeinheit Bezug nimmt, jedoch auf die zur Einheit zusammengefasste Gesamtheit, auf die rechtlich organisierte menschliche Gemeinschaft. Es handelt sich hier um einen qualifizierten Begriff «öffentlich», der seinen Inhalt aus der rechtlichen Organisation des Staates empfängt und der daher allein im Rechtssinne Verwendung finden kann. Infolgedessen kann auch nur dort von einem rechtlichen Begriff der öffentlichen Verwaltung gesprochen werden, wo die die Gesamtheit repräsentierende staatliche Organisation in Erscheinung tritt. Dass diese auch tatsächlich zum Zwecke der Erfüllung einer gemeinnützigen Aufgabe auftreten muss und nicht etwa bloss zur Befriedigung individueller, die Gesamtheit nicht direkt betreffender Bedürfnisse, ist selbstverständlich; denn Voraussetzung der Anwendung von «öffentlich» ist natürlich, dass es sich überhaupt um die Belange der Allgemeinheit handelt. Oef-

⁷ Kleiner, Oeffentl. Sparkassen, S. 7 f.

⁸ Holliger, Das Kriterium des Gegensatzes öff. u. priv. Rechts, S. 42.

fentliche Verwaltung im Rechtssinne ist somit beschränkt auf die Wahrnehmung objektiver Gesamtinteressen durch das Gemeinwesen, auf das Tätigwerden öffentlichen Willens im Dienste der Allgemeinheit⁹. Sinngemäss sind daher auch nur diejenigen objektiven Interessen der Gesamtheit als eigentlich «öffentliche» zu bezeichnen, deren Verwirklichung der Staat übernommen hat; und ein subjektives öffentliches Interesse ist dort gegeben, wo der Staat an der Realisierung des Gemeinwohles Anteil nimmt.

Mit der allgemeinen Umschreibung des Begriffes der öffentlichen Verwaltung als staatliche Wahrnehmung objektiver Gesamtinteressen ist nun keineswegs auch allgemeingültig bestimmt, wann jezeiten solche Interessen gegeben sind; denn es kann gar nicht zum vorneherein festgelegt werden, was der Staat in seinen Aufgabenkreis einbeziehen soll, welche Interessen die durch ihn zu schützen sind¹⁰. Das zu entscheiden, liegt im Ermessen der staatlichen Willensträger und ist sowohl örtlich als auch zeitlich verschieden. Lediglich ein konkreter Zweck eines konkreten öffentlichen Verbandes kann Gegenstand erschöpfender Darstellung sein¹¹. Aber auch für den konkreten Einzelfall ist es unter Umständen schwierig, ein sicheres Erkennungsmerkmal für das Vorliegen eines öffentlichen Interesses zu finden. Wohl kann festgestellt werden, ob ein öffentlicher Willensträger hinter dem betreffenden Interesse steht, hingegen ist der Begriff des objektiven Gesamtinteresses seiner Natur nach schwankend. Wenn der Staat nicht selbst ausdrücklich bestimmt, dass seine Funktion zum Nutzen der Allgemeinheit geschieht, so muss diese Tatsache aus den Umständen gefolgert werden. Dies schon daraus zu schliessen, dass der Staat und nicht eine Privatperson Hüter eines bestimmten Interesses ist, fällt ausser Betracht, weil das Gemeinwesen auch zur Besorgung individueller Angelegenheiten in Rechtsbeziehungen tritt. Hingegen spricht in Zweifelsfällen aus der Anwesenheit staatlichen Willens wenigstens die Vermutung dafür, dass es sich um ein öffentliches Interesse handelt; denn es liegt ja in der Bestimmung des Staates, dass er öffentliche Zwecke verfolgt. Wir sind daher auch berechtigt, dies überall dort anzuneh-

⁹ Ulbrich, Der Rechtsbegriff der Verwaltung (Grünhuts Z. 9) S. 1; Fleiner, Inst., S. 5; Ruck VR I, S. 16.

¹⁰ Burckhardt, Organisation, S. 36.

¹¹ Geffcken, S. 10.

men, wo nicht erwiesen ist, dass er aus eigennützigen und nicht mindestens teilweise im Hinblick auf einen der Gesamtheit zu bietenden Nutzen seinen Willen äussert.

Die öffentliche Willensbetätigung des Staates in ihrem vollen Umfange, d. h. die Erledigung der Gesamtheit der öffentlichen Aufgaben durch das Gemeinwesen stellt die öffentliche Verwaltung im weitesten Sinne des Wortes dar. Während in der Verfassung als Inbegriff der Normen über die Organisation der staatlichen Herrschaft der Staat als ruhendes, statisches Wesen in Erscheinung tritt¹², ist die Verwaltung in diesem weiten Sinne das aktive Element, die Leistung dieser staatlichen Organisation. In ihr tritt jene dynamische Kraft der staatlichen Autorität in Erscheinung, die notwendig ist, um die Rechtsordnung Wirklichkeit werden zu lassen. Der der staatlichen Gemeinschaft zugrunde liegende Rechtsgedanke bliebe eine blosser Idee, würde nicht der mit der Verfassung geschaffene, für die Rechtsverwirklichung bestimmte Apparat seine Funktionen auch ausüben.

Die öffentliche Verwaltung in diesem weiten Sinne schliesst alle staatlichen Funktionen in sich, die wir nach dem Prinzip der Gewaltentrennung in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung im engeren Sinne zu unterscheiden gewohnt sind¹³. Diese Dreiteilung geht auf Aristoteles zurück und beruht auf der funktionellen Erfassung bestehender staatlicher Einrichtungen, indem von der Verschiedenheit der Organe auf eine Verschiedenheit der von diesen geübten Tätigkeiten geschlossen wurde¹⁴. Gesetzgebung bedeutet die Aufstellung genereller abstrakter Normen, die Rechtsprechung stellt fest, was nach Massgabe des geltenden Gesetzes im einzelnen bestrittenen Falle Recht ist, während die Verwaltung berufen ist, alle übrigen staatlichen Aufgaben durch konkrete Anordnungen gemäss gesetzlicher Anweisung oder nach eigenem freien Ermessen zu erfüllen, im besondern auch das auf den Einzelfall angewandte Recht zu vollziehen. Verwaltung im engeren Sinne ist daher die gesamte öffentliche Wirksamkeit des Staates, die nicht zur Gesetzgebung und nicht zur Rechtsprechung gehört¹⁵. Positiv kann der

¹² Fleiner, Inst., S. 3.

¹³ Fleiner, Inst., S. 4.

¹⁴ G. Jellinek, Staatslehre, S. 603 f.

¹⁵ W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 6.

Begriff nicht gefasst werden, weil die Staatszwecke neben Gesetzgebung und Rechtsprechung gar nicht in allgemeingültiger Weise abschliessend bestimmt werden können. Während das eine Gemeinwesen sich auf die mittelbare Verwirklichung der Staatszwecke beschränkt, indem es die Individuen zu dem sozial erwünschten Verhalten verpflichtet und notwendigenfalls zwingt, dehnt das andere seine Wirksamkeit auch auf die unmittelbare, eigene Verfolgung seiner Zwecke aus, seien diese kultureller, wirtschaftlicher oder anderer beliebiger Art ¹⁶. Fest steht immer nur, dass es sich innerhalb der öffentlichen Verwaltung um Verrichtungen handelt, deren jede einen für das Gemeinwohl nützlichen Erfolg erreichen will ¹⁷. Ist dies nicht der Fall, so kann auch nicht von öffentlicher Verwaltung im eigentlichen Sinne gesprochen werden.

B. Die Rechtsfunktionen der öffentlichen Verwaltung

Montesquieu hat die Forderung der Zuweisung jeder einzelnen staatlichen Gewalt auf drei voneinander unabhängige, auch aus verschiedenen Personen bestehende Staatsorgane aufgestellt und damit den Grund gelegt für jenes Prinzip der Trennung der Gewalten, das in den meisten Staatsverfassungen der modernen Zeit Eingang gefunden hat. Immerhin ist die positivrechtliche Verwirklichung dieses Gewaltentrennungsprinzips nur in beschränktem Umfange erfolgt. Die Verfassungen haben den einzelnen Organen die Ausübung einer staatlichen Gewalt als Hauptfunktion übertragen; daneben sind ihnen aber noch Tätigkeiten der andern Gewalten als Nebenfunktionen zugewiesen worden ¹. So kommen der gesetzgebenden Behörde oft auch richterliche und verwaltende Aufgaben zu, anderseits hat auch der Richter gewisse Verwaltungsfunktionen auszuüben, und die vollziehende Behörde greift vielfach in weitem Masse in das Gebiet der Gesetzgebung ein. Die positivrechtliche organisatorische Gewaltentrennung ist somit lediglich eine formelle, indem die Verfassungen zwar eine gesetzgebende, eine richterliche

¹⁶ Kelsen, R.Rechtslehre, S. 81. Ueber die Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Verwaltung vgl. S. 67 f.

¹⁷ Fleiner, Inst., S. 5.

¹ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 272 ff.

und eine vollziehende Behörde unterscheiden, diesen aber nicht nur die ihnen adäquaten Aufgaben zuteilen. Ein theoretischer Widerspruch entsteht durch diese teilweise Missachtung des Gewaltentrennungsprinzips keineswegs; denn dieser Grundsatz folgt nicht aus dem Begriff des Staates². Er ist ein praktisches rechtspolitisches Postulat, das keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben kann³.

Ebensowenig allgemeingültig ist aber auch die der Lehre von der Gewaltentrennung zugrunde liegende Einteilung der staatlichen Funktionen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung⁴, indem zum Wesen des Staates nicht notwendig Gesetzgebung und Rechtsprechung gehören. Historisch sind Gesetzgebung und Rechtsprechung aus der Verwaltung (im weiteren Sinne) als der Grundfunktion des Staates hervorgegangen und haben nicht zu allen Zeiten existiert⁵. Auch heute lässt sich ein Staat denken, der die Erfüllung seiner Aufgaben einer einheitlichen, hierarchisch gegliederten Verwaltung anvertraut, der also aus der Verwaltung im weiteren Sinne keine Gesetzgebung und keine Rechtsprechung ausscheidet, indem das menschliche Verhalten nicht durch abstrakte generelle Normen, sondern durch konkrete individuelle Anordnungen der zuständigen Behörden in unabänderlicher Weise festgelegt wird. Die Differenzierung der Gewalten, wie sie uns nach dem Gewaltentrennungsprinzip geläufig ist, lässt sich nur auf der Voraussetzung des Gesetzesstaates begründen. Diese Lehre kann denn auch ihre Herkunft aus der formellen Scheidung verschiedener Staatsorgane des antiken Gesetzesstaates nicht verleugnen.

Absolute Allgemeingültigkeit beansprucht hingegen die Einteilung der staatlichen Wirksamkeit in Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollzug⁶. Diese drei Rechtsfunktionen sind die notwendigen Elemente der Verwirklichung der dem Staate zugrunde liegenden Rechtsidee, deren die Rechtsgemeinschaft also nicht entbehren kann. Alle drei Aufgaben müssen übernommen und erfüllt werden, wenn das Postulat der rechtlichen Ordnung der Gesellschaft reali-

² Burckhardt, Methode, S. 142.

³ Kelsen, Alig. Staatslehre, S. 255 f.

⁴ Burckhardt, Methode, S. 142.

⁵ G. Jellinek, Staatslehre, S. 612; Burckhardt, Organisation, 203.

⁶ Burckhardt, Organisation, S. 129, 228 ff.

siert werden soll. In erster Linie muss bestimmt werden, was Rechtens ist in bezug auf das Verhalten der Einzelnen in der Gesellschaft. Die Rechtsidee an sich genügt nicht; es muss noch statuiert werden, was unter den gegebenen Voraussetzungen richtig, also Recht ist⁷. Soll aber der durch dieses Werturteil zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke auch tatsächlich zum Durchbruch gelangen, muss die betreffende Anordnung auch vollzogen werden. Und vollzogen werden kann das Recht wiederum nur, wenn es vorher auf den konkreten Fall angewendet worden ist. Zwischen Rechtssetzung und Rechtsvollziehung muss daher notwendigerweise die Funktion der Rechtsanwendung treten, die berufen ist, die tatsächlichen Voraussetzungen festzustellen und diese logisch unter die Begriffe des gesetzten Rechts zu subsummieren⁸. Damit erst ist die Möglichkeit gegeben, die Rechtsidee durch die Vollziehung des rechtmässigen menschlichen Verhaltens volle Wirklichkeit werden zu lassen⁹.

Wie die Funktionen der Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollziehung auf die staatlichen Organe zu verteilen seien, lässt sich nicht allgemein bestimmen. Das ist eine Frage der Zweckmässigkeit, der wertenden Abwägung, nicht logischer Bestimmung a priori¹⁰. Die logische Forderung der Rechtsverwirklichung ist sowohl erfüllt, wenn jede Funktion von einem besondern Organ übernommen wird, als auch, wenn dasselbe Organ deren mehrere ausübt, selbst wenn dies, soweit möglich, uno actu geschieht. Betrachten wir in dieser Hinsicht die Erfüllung der staatlichen Aufgaben nach der formellen organisatorischen Aufteilung in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung, so stellen wir fest, dass auch dieser Differenzierung die drei Rechtsfunktionen zugrunde liegen. Auf den ersten Blick scheint sogar zwischen den beiden Einteilungen der Staatsfunktionen eine wesentliche Uebereinstimmung vorzuliegen, indem offensichtlich ist, dass die Rechtssetzung der Gesetzgebung entspricht, dass die Rechtsanwendung Aufgabe der rechtsprechenden Organe ist, während die Vollziehung den Verwaltungsbehörden zufällt. Allein, eine genauere Betrachtung zeigt, dass diese

⁷ Burckhardt, Organisation, S. 229, 235.

⁸ Burckhardt, Organisation, S. 247 ff.

⁹ «Die Anwendung bildet die notwendige Vermittlung zwischen dem Gesetz und dem Verhalten der Untertanen». Klöppel, Gesetz und Obrigkeit, S. 79; cit. bei Burckhardt, Organisation, S. 129, Anm. 13.

¹⁰ Burckhardt, Methode, S. 142.

Uebereinstimmung nur teilweise zutrifft. Nicht nur, dass die drei Stadien der Rechtsverwirklichung entsprechend der nur formell durchgeführten Gewaltentrennung bei jedem staatlichen Organ zu finden wären, soweit dieses Funktionen der andern Gewalten ausübt, auch innerhalb der einzelnen Funktionen sind diese Elemente vorhanden.

Uebereinstimmung besteht lediglich zwischen gesetzgebender und rechtssetzender Funktion; denn Gesetzgebung enthält nichts anderes als die Setzung genereller abstrakter Normen, die Fassung der Idee des Rechts in eine bestimmte Form, in einen anwendbaren Rechtsatz. Mit der Statuierung dessen, was Rechtens ist, hat der Gesetzgeber seine Arbeit abgeschlossen.

Anders verhält es sich bei der Rechtsprechung, indem diese nicht ausschliesslich auf die Rechtsanwendung beschränkt ist. In seiner eigentlichen Funktion wendet der Richter die durch den Gesetzgeber erlassenen Normen auf den konkreten Fall an. Wenn ihm aber für die Verwirklichung der Rechtsidee keine fertige Norm zur Verfügung steht, weil der Gesetzgeber seine Aufgabe nicht abschliessend erfüllt hat, so muss er als zur Rechtsanwendung berufenes Organ die gesetzgeberische Arbeit zu Ende führen. Was der Richter im Gesetz oder in einer andern rechtlichen Anordnung nicht entschieden findet, muss er selber entscheiden, wie es der Gesetzgeber hätte tun müssen¹¹. Er tut es zwar nicht mit genereller Wirkung wie der Gesetzgeber, sondern nur für den einzelnen Fall; aber seine Funktion ist doch rechtssetzender Natur, weil er das Recht festsetzt, das ihm zur Anwendung auf den konkreten Fall fehlt¹². In seinem Urteil verbindet er *uno actu* die rechtssetzende und die rechtsanwendende Funktion.

In gleicher Weise umfasst auch die Verwaltung nicht nur eine der staatlichen Rechtsfunktionen. Neben der Vollziehung des Rechts ist es Hauptaufgabe der Verwaltungsorgane, auf Grund gesetzlicher Anordnung das Recht anzuwenden. Die Tätigkeit des Verwaltungsbeamten ist insofern derjenigen des Richters gleich¹³. Das hat aber zur Folge, dass auch die Verwaltungsorgane sich der oben erwähnten Situation gegenübersehen können, wo der Gesetzgeber das zur

¹¹ G. Jellinek, Staatsl., S. 619 f.; Burckhardt, Organisation, S. 238.

¹² Burckhardt, Organisation, S. 253, 266.

¹³ Fleiner, Inst., S. 7.

Anwendung bestimmte Recht nicht vollständig gesetzt hat. In diesem Falle hat also auch der Verwaltungsbeamte, in gleicher Weise wie der Richter, das fehlende Recht selbst zu finden, um seine Aufgabe im Zuge der Rechtsverwirklichung erfüllen zu können. Zur rechtsanwendenden Funktion gesellt sich auf diese Weise auch eine rechtssetzende, so dass unter dem Begriff der Verwaltung im engeren Sinne, zu der wie erwähnt auch die Rechtsvollziehung gehört, schliesslich alle drei Funktionen zu finden sind.

Diese Ausdehnung der Verwaltungstätigkeit auch auf die rechtssetzende Funktion ist das Charakteristikum der sog. freien Verwaltung. In der gebundenen, gesetzlich umschriebenen Verwaltung bleibt dem Verwaltungsfunktionär nur noch die Aufgabe, das durch das gesetzgebende Organ abschliessend statuierte Recht anzuwenden oder zu vollziehen. In der freien Verwaltung hingegen hat es der Gesetzgeber unterlassen, die Funktionen der Verwaltungsorgane festzulegen, sei es, dass er ihnen im Rahmen des Gesetzes einen Spielraum des freien Ermessens lässt, sei es, dass er ihre Tätigkeit überhaupt nicht regelt. Das Verwaltungsorgan muss daher das anzuwendende Recht selbst finden und übt insofern Rechtssetzungsfunktion aus¹⁴. Auch die freie Verwaltungstätigkeit bewegt sich also materiell nicht ausserhalb der Rechtsfunktion¹⁵. Wir dürfen selbst im ausgeprägtesten Fall von freier Verwaltung, bei der Regierungstätigkeit im Sinne der staatlichen Oberleitung, wo absolute positivrechtliche Ungebundenheit besteht, nicht den Schluss ziehen, dass die Funktionen der betreffenden Organe nur formale Rechtsverwirklichung im Sinne der Befolgung von Zuständigkeitsvorschriften sei, materiell jedoch nicht in die Rechtssphäre gehöre; denn auch die Funktion der gesetzgebenden Organe stellt in diesem formellen Sinne die Vollziehung einer Zuständigkeitsnorm dar und ist doch materiell Rechtssetzung.

C. Öffentliche Verwaltung und öffentliche Gewalt

In der traditionellen Theorie wird die öffentliche Verwaltung neben Gesetzgebung und Rechtsprechung als Ausdrucksform der hoheitlichen Macht des Staates dargestellt. Wie das Wesen des Staa-

¹⁴ Burckhardt, Organisation, S. 138, Anm. 32.

¹⁵ Kelsen, Staatsl., S. 236 f.

tes wird auch die Eigenart der Verwaltung darin erblickt, dass sie Gewalt habe oder schlechthin Gewalt sei. Der Staat sei eine potentior persona, die dem Einzelnen grundsätzlich hoheitlich gegenüberstehe und sein Verhalten autoritativ bestimme¹, weshalb die Verwaltungsbehörden den Gewaltunterworfenen stets in Ausübung von Machtbefugnissen entgegenträten. Es werden denn auch die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Verwaltung generell als Gewaltverhältnisse dargestellt, in welchen das Verhalten der Individuen durch Befehl angeordnet und nötigenfalls unter Anwendung von Zwangsmassnahmen durchgesetzt wird². Verwaltungsbefehl und Verwaltungszwang gelten als die entsprechenden typischen Rechtsformen der staatlichen Verwaltungstätigkeit³.

Die Vorstellung, die diesem Begriff der als Grundelement des Staates auftretenden Gewalt zugrundeliegt, ist die der naturhaft realen Macht⁴. Es ist die Vorstellung, dass Menschen andere Menschen unterwerfen, diese zu einem bestimmten Verhalten zwingen, indem sie Mittel zur Anwendung bringen, die geeignet sind, den Willen des Unterworfenen zu brechen. Der Staat erscheint damit als eine Macht, die jenseits des Rechtes steht, als eine Willensmacht, die sich zwar der Rechtsnormen als Ausdrucksmittel bedient und auch durch Verfassung und Gesetz in ihrer Entfaltung in gewissen Schranken gehalten wird, die jedoch hinter dem positiven Recht mit Gewalt bereit steht, um sich unbedingte Geltung zu verschaffen.

Allein, schon der Vergleich mit unserer Darstellung der öffentlichen Verwaltung als Rechtsfunktion zeigt, dass die Staatsgewalt nicht im Sinne einer natürlichen Kraft aufgefasst werden kann. Würden wir nämlich die Funktionen des Staates als Ausübung von realer Gewalt betrachten, so müsste dieses Element sowohl in der Rechtssetzung, als auch in der Rechtsanwendung und Vollziehung in Erscheinung treten, d. h. alle diese Funktionen würden in Form von Gewaltakten ausgeübt, was tatsächlich nicht behauptet werden kann. Im besondern verschwindet selbst jeder Schein von Gewalt dort, wo der Staat nicht einer ihm verpflichteten Privatperson gegenübersteht, deren Verhalten er erzwingt, sondern wo er selbst, bzw.

¹ Fleiner, Inst., S. 51.

² G. Jellinek, Staatsl., S. 427 ff.; Fleiner, Inst., S. 5; Ruck, Verw.R. I, S. 16.

³ Fleiner, Inst., S. 214 f.; Ruck, Verw.R. I, S. 60.

⁴ Kelsen, Staatsl., S. 97.

einer seiner Willensträger ein bestimmtes Verhalten von Rechtswegen als Pflicht zugewiesen erhält. Es handelt sich hier vor allem um die Tätigkeit der sog. schlichten Hoheitsverwaltung⁵, um das Gebiet der staatlichen Wohlfahrts- und Kulturpflege, der sozialen und wirtschaftlichen Verrichtungen des Gemeinwesens zum Zwecke der Wahrnehmung öffentlicher Interessen. Die traditionelle Theorie sieht sich denn auch angesichts dieser Wirklichkeit veranlasst, für solche Rechtsverhältnisse eine Konstruktion zu wählen, die der Mitwirkung des Gewaltunterworfenen Rechnung trägt, den Staat aber trotzdem als Gewalthaber erscheinen lässt. Das geschieht in der Weise, dass der Willensäußerung des Staates stets der Charakter der massgebenden hoheitlichen Verfügung zugeschrieben wird, während man die Mitwirkung der Untertanen lediglich als Antrag oder Zustimmung zum Verfügungserlasse betrachtet⁶. Man spricht in diesen Fällen von bedingt einseitigen Verfügungen, im Gegensatz zu den ausschliesslich einseitigen Verfügungen in Gestalt des hoheitlichen Befehles⁷.

Was die traditionelle Theorie mit dieser Konstruktion erreicht, ist einzig die formelle Einheit des hoheitlichen, sich vom Privatrechtssubjekt unterscheidenden Rechtscharakters des Staates. Nicht bewiesen ist jedoch, dass diese hoheitliche Eigenschaft auf einer ihm von Natur aus innewohnenden Gewalt beruhe; denn indem man die Rechtsverhältnisse des Staates als Gewaltverhältnisse konstruiert, ist nicht bewiesen, dass die Voraussetzung dieser Konstruktion, nämlich die Behauptung, dass der Staat an sich Gewalt habe, auch stimmt. In rechtsimmanenter Betrachtung kann der Staat nicht als ein Faktum aufgefasst werden, das über oder hinter dem Rechte steht, sondern nur als eine Einrichtung des Rechtes selbst, als eine rechtliche Organisation⁸. Er entsteht erst mit dem Zustandekommen der Normen seiner Verfassung, und mit deren Wegfall fällt auch er dahin⁹. Er ist somit logisch durch das Recht bedingt und stellt in dieser

⁵ W. Jellinek, Verw.R., S. 20 ff. stellt diesen Begriff der eigentlichen oder obrigkeitlichen Hoheitsverwaltung gegenüber, während Fleiner, Inst., S. 51 in beiden Fällen von obrigkeitlicher Verwaltung spricht, ohne deswegen den Unterschied zu verkennen.

⁶ Fleiner, Inst., S. 192.

⁷ Ruck, Verw.R. I, S. 60 ff.

⁸ Burckhardt, Organisation, S. 90 f.

⁹ Giacometti, Staatsr. der Kantone, S. 15.

Eigenschaft einen Rechtsbegriff dar. Allerdings kann er nicht mit der Rechtsordnung überhaupt gleichgestellt werden¹⁰. Zum Rechtsbegriff des Staates gehören nur diejenigen Normen, welche die Kompetenzen festlegen, die im Hinblick auf die Erfüllung des Staatszweckes notwendig sind, nicht jedoch das Verhaltensrecht.

Wenn so der Staat eine rechtliche Zuständigkeitsordnung zum Zwecke der Verwirklichung der Rechtsidee darstellt, so ist die Staatsgewalt, nämlich der auf Grund dieser Kompetenzordnung zum Ausdruck gebrachte Wille, eine Rechtsgewalt, eine im Recht fundierte Macht. Und die Akte dieser Gewalt sind nicht Gewaltakte im Sinne einer nackten Gewalt, sondern Willensakte, die, weil sie im Recht begründet sind, nichts anderes als Rechtsakte sein können. Es sind die Funktionen, die wir als Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollziehung dargestellt haben.

Angesichts dieses einheitlichen Charakters der staatlichen Gewaltäusserung als Rechtsfunktion erhebt sich die Frage, wie denn die Tatsache zu erklären sei, dass der Staat dem Bürger das eine Mal befehlend und zwingend, das andere Mal ohne jede Anwendung eines Druckes auf dessen Willensbildung gegenübertritt¹¹. Dass der Staat überhaupt dazu kommt, trotz seines hoheitlichen Charakters nicht immer in dominierender Stellung zu verbleiben, rührt davon her, dass es ihm freisteht, einen sozial erwünschten Zustand dadurch herbeizuführen, dass er entweder seine Bürger zu dem hierfür notwendigen Verhalten verpflichtet, oder aber dass er den betreffenden Zustand selbst herstellt. Welche dieser beiden Möglichkeiten er wählen will, entscheidet sich nach staatspolitischer Erwägung. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich daraus jedoch die zwingende Konsequenz, dass die Erfüllung des Staatszweckes in der einen oder andern Weise auch eine verschiedene rechtsfunktionelle Gestaltung erfährt. Wir haben zwar festgestellt, dass die Tätigkeit des Staates generell Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsvollziehung sei. Allein, das ist nur in dem Sinne richtig, als keine andere Gestalt der staatlichen Wirksamkeit als diejenige einer dieser drei Rechts-

¹⁰ Giacometti, Staatsr. d. Kantone, S. 15, Anm. 15. Für die Gleichstellung: Kelsen, Staatsl., S. 14 f., Reine Rechtsl., S. 117 ff.

¹¹ Von der Möglichkeit, dass der Staat auch als Privatrechtssubjekt mit seinen Bürgern in Rechtsbeziehung treten kann, sei hier abgesehen. Hier ist nur von dem Staat im eigentlichen Sinne die Rede.

funktionen möglich ist. Nicht notwendig ist hingegen, dass der ganze Rechtsverwirklichungsvorgang sich auf der Seite des Staates abwickeln müsse. So ist bei der ersten der beiden erwähnten Varianten öffentlicher Wirksamkeit, wo der Staat das gesetzte Ziel auf indirektem Wege anstrebt und wo daher von mittelbarer Verwaltung gesprochen wird¹², normalerweise nur erforderlich, dass dem Einzelnen von Staats wegen ein Verhalten vorgeschrieben wird und eine Verwaltungsbehörde den betreffenden Rechtssatz anwendet. Die Funktion der Rechtsvollziehung soll der verpflichtete Private ausüben, indem er durch sein Verhalten den im Rechtssatz statuierten Rechtsgedanken Wirklichkeit werden lässt. In der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle ist es dieser Gehorsam des Einzelnen, der die staatliche Anordnung in die Tat umsetzt¹³. Nur in jenen Ausnahmefällen, wo der Einzelne die gesetzliche Regelung nicht befolgt, tritt an Stelle der privaten Vollziehung die staatliche Zwangsvollziehung¹⁴.

Wo dagegen das Gemeinwesen seine Zwecke durch seine Organe direkt verwirklicht, indem es z. B. Schulen und Spitäler errichtet, Verkehrsmittel betreibt, Unterstützungsleistungen gewährt und wo daher von unmittelbarer Verwaltung die Rede ist, wird zwar auch durch eine Norm eine Verhaltenspflicht statuiert, dieselbe wird jedoch nicht einer Privatperson, sondern einem staatlichen Verwaltungsorgan auferlegt¹⁵. Wenn aber der Staat der Verpflichtete ist, so ist er auch allein derjenige, der die Norm zu befolgen, d. h. zu vollziehen hat. Das ganze durch den Rechtssatz geforderte Verhalten ist Pflicht der öffentlichen Funktionäre, nicht der Privatpersonen. Daraus folgt wiederum, dass der Staat, der die Norm vollzieht, dieselbe nicht auch anwendet; denn angewendet wird eine Verhaltensnorm gegenüber demjenigen, der zu dem Verhalten verpflichtet ist, der also die Norm zu befolgen, bzw. zu vollziehen hat¹⁶. Deshalb kann sie nicht vom vollziehenden Staat selbst angewendet werden. Zur Anwendung berufen ist vielmehr derjenige, demgegenüber die

¹² Kelsen, Staatsl., S. 238, Reine Rechtsl., S. 80 f.

¹³ G. Jellinek, Staatsl., S. 621.

¹⁴ Dieselbe ist somit subsidiärer Natur, d. h. sie bewirkt nicht die private Befolgung, sondern weil diese unterbleibt, ersetzt sie dieselbe.

¹⁵ Im Falle freien Ermessens setzt der betreffende Funktionär selbst sein Verhalten fest.

¹⁶ Burckhardt, Methode, S. 137 f.

Pflicht erfüllt werden muss, nämlich der Berechtigte, und solcher ist in allen Fällen, wo der Staat sich dem Privaten gegenüber zu einem Verhalten verpflichtet, auch dieser Private. Dieser bestimmt in konkreter Weise, ob und wann die Leistung des Staates zu erfolgen hat. Lediglich in jenen Ausnahmefällen, da das zur Vollziehung verpflichtete staatliche Organ das Bestehen dieser Pflicht bestreitet, tritt wiederum subsidiär eine staatliche Instanz hinzu, um die Verhaltensnorm an Stelle des Privaten anzuwenden. Diese Rechtsprechungsbehörde erklärt in verbindlicher Weise, was nach Massgabe der Verhaltensnorm von seiten des Staates im konkreten Fall zu leisten oder zu unterlassen ist.

Abgesehen vom subsidiären Eingreifen des Staates in den Rechtsverwirklichungsprozess unterscheiden sich somit die mittelbare und die unmittelbare öffentliche Verwaltung dadurch, dass bei jener dem Staate die Funktion der Rechtsanwendung, nicht aber der Rechtsbefolgung zufällt, während bei dieser die Verwaltungsbehörden in vollziehender und nicht in anwendender Funktion amten. Dieser Unterschied drängt nun die Vermutung auf, dass der Grund für die dominierende Stellung, die dem Staate bei der mittelbaren Verwaltung zukommt, bei der unmittelbaren hingegen fehlt, in der Rechtsanwendungsfunktion zu suchen ist. Und tatsächlich erweist eine Betrachtung des Wesens der Rechtsanwendung und ihrer Stellung im Zuge der Rechtsverwirklichung, dass diese Vermutung richtig ist.

Wenn eine Rechtsregel dem Menschen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, ihm eine Rechtspflicht auferlegt, so genügt diese Massnahme für die Realisierung des der Norm innewohnenden Rechtsgedankens nicht. Notwendig ist noch, dass diese Norm zur Anwendung gebracht wird, dass eine Instanz da ist, welche diese Verpflichtung in konkreter Weise geltend macht, da es sonst ins Belieben des Verpflichteten gestellt wäre, die Pflicht zu erfüllen oder nicht. Von Pflicht im eigentlichen Sinne könnte dann wohl auch gar nicht mehr gesprochen werden. Die im Rechtssatz begründete Pflicht verlangt somit logischerweise ein korrespondierendes gesetzlich fundiertes Recht, nämlich die Kompetenz, die Erfüllung der Pflicht zu veranlassen¹⁷. Neben der Verhaltensnorm muss daher zwangsläufig

¹⁷ Wir sind also der Meinung, dass diese notwendige Zusammengehörigkeit von Recht und Pflicht allgemeingültig ist und nicht nur dem privatrechtlichen

auch eine Kompetenznorm gesetzt werden, welche dieses Recht statuiert und welche denjenigen bezeichnet, der dasselbe geltend machen soll¹⁸. Geschieht dies nicht, ist also niemand da, der befugt ist, das pflichtgemässe Verhalten und damit die Befolgung der Verhaltensnorm zu fordern, so fehlt eine notwendige Voraussetzung für die Vollendung der Rechtsverwirklichung. Es fehlt das Subjekt, um dessen Interessen willen ein Rechtssatz erlassen wurde und dem das darin statuierte Recht zugute kommen soll. Wo immer daher der Staat Verhaltensnormen setzt, nämlich Rechtssätze erlässt, die dem Einzelnen bestimmte Pflichten auferlegen, muss er auch dafür sorgen, dass eine staatliche Instanz da ist, die zur Anwendung dieser Normen befugt ist^{19, 20}.

In dem Rechts- und Pflichtenverhältnis zwischen Staat und Privatperson ist nun zweifellos ein gewisses Machtelement enthalten. Das rechtsanwendende Organ in seiner Eigenschaft als Berechtigter besitzt die Befugnis, vom Verpflichteten das gesetzlich vorgeschriebene Verhalten zu fordern. Dadurch wird derselbe zur Erfüllung der Pflicht gezwungen, wenn er nicht die Folgen der Nichterfüllung auf sich nehmen will. Der Verpflichtete ist daher gewissermassen dem Willen des Berechtigten unterworfen, und es entspricht der gegebenen Situation, wenn die Ausübung der Rechtsanwendungskompetenz durch die Verwaltungsbehörde als Befehl bezeichnet wird. Dass diese eigenartige Kraft des Berechtigten tatsächlich in der Rechtsanwendungsbefugnis und nicht in einer besondern Eigenschaft des

Verhältnis typisch ist, wie Burckhardt, Methode, S. 228 der Auffassung ist. Die «Befugnis» des öffentlichen Rechts ist doch auch nur ein Recht auf Geltendmachung einer Pflicht, nur dass der Berechtigte seinerseits verpflichtet wird, dieses Recht auszuüben.

¹⁸ Dass diese die Verhaltensnorm ergänzende Kompetenznorm mit derselben in einem einzigen Rechtssatz zusammengefasst sei, ist nicht notwendig. Wo dies aber der Fall ist, übt dieser eine Rechtssatz stets beide Funktionen aus. Er enthält ein rechtsbegründendes und ein pflichtbegründendes Element.

¹⁹ Burckhardt, Methode, S. 203.

²⁰ Burckhardt, Methode, S. 153 sieht die Notwendigkeit der Kompetenznorm im zwingenden Charakter der Verhaltensnorm. U.E. bedarf jedoch auch die Pflicht, deren Erfüllung zu verlangen ins Belieben des Berechtigten gestellt ist, der korrespondierenden Kompetenz. Vgl. oben S. 69. Ein Berechtigter muss da sein, nicht weil die Pflicht erfüllt werden muss, sondern damit sie erfüllt werden kann. Deshalb spielt es auch gar keine Rolle, dass die zur Anwendung der Verhaltensnorm berufene Behörde zur Ausübung ihrer Kompetenz verpflichtet ist. Ob die Erfüllung der Pflicht durch den Berechtigten geltend gemacht werden muss, ist eine Frage des öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Charakters. Dass jeder Pflicht begrifflich auch ein Recht gegenüberstehen muss, gilt hingegen für beide Rechtsgebiete. Vgl. unten S. 71.

Staates begründet liegt, tritt dadurch deutlich zutage, dass auch im Privatrechtsverhältnis die gleiche Situation besteht. Auch hier stehen sich in analoger Weise Recht und Pflicht gegenüber. Wie die kompetente Behörde die staatliche Verhaltensnorm gegenüber dem Verpflichteten geltend macht und dafür zuständig ist, so macht auch die berechnigte Privatperson die den Schuldner bindende Pflicht geltend und ist dafür zuständig²¹. Auch beim privaten Berechnigten, beim Gläubiger, ist daher festzustellen, dass derselbe insofern eine dominierende Position inne hat, als er befugt ist, die Erfüllung der vom Schuldner eingegangenen Verpflichtung durchzusetzen. Beim Gläubiger liegt die Entscheidung darüber, ob der Schuldner zur Erfüllung der bestehenden Pflicht zu verhalten sei, ob also die Norm zu verwirklichen sei²². Der Schuldner ist dem Willen des Gläubigers ausgeliefert, indem er seine Verpflichtung ohne dessen Einwilligung nicht rückgängig machen kann. Wenn der Gläubiger sein Recht geltend macht, erlangt die die Verpflichtung statuierende Privatrechtsnorm für den Schuldner zwingende Geltung.

Damit ist bereits der tiefere Sinn der Rechtsanwendung angetönt, welcher darin besteht, dass die zwingende Kraft, die der Berechnigte ausübt, nichts anderes als die Geltung des Rechts bedeutet; denn Geltung ist die Entscheidung darüber, dass eine Rechtsnorm befolgt werden muss²³. Eine Norm gilt nur, wenn sie geltend gemacht wird, und hierzu ist der Berechnigte berufen. Also liegt die Geltung in der Gewalt des Berechnigten gegenüber dem Verpflichteten, in der zwangsweisen Durchsetzung der Erfüllung der Rechtspflicht²⁴. Das ist nicht so zu verstehen, dass dem Berechnigten eine natürliche Gewalt zustände, die ihm erlauben würde, seine Willkür gegen den Verpflichteten unbegrenzt spielen zu lassen. Er hat nur gerade soviel Gewalt über den Verpflichteten, als ihm die Rechtsnorm einräumt und hat sie überhaupt nur, wenn er von Rechts wegen hierzu kompetent erklärt wird. Besitzt er diese Befugnis, dann ist er ermächtigt, innerhalb seines Kompetenzbereiches, d. h. soweit die Rechtsnorm ein bestimmtes Verhalten des Verpflichteten vorschreibt,

²¹ Burckhardt, Methode, S. 158.

²² Burckhardt, Methode, S. 157.

²³ Burckhardt, Organisation, S. 166.

²⁴ «Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei». Kant, Metaphys. d. Sitten (Reclam), S. 32; cit. bei Burckhardt, Organisation, S. 172.

den Willen des Rechtes zur Anwendung und damit zur Geltung zu bringen. Die Geltung des Rechtes kann daher auch als die Gewalt des Rechtes bezeichnet werden²⁵.

Da nun diese Gewalt des Rechtes nicht dem Staate vorbehalten bleibt, sondern ebenso durch den privaten Berechtigten zum Ausdruck gebracht wird, kann sie auch nicht als öffentliche Gewalt, als Staatsgewalt im eigentlichen Sinne aufgefasst werden. Soweit sie durch die öffentlichen Verwaltungsbehörden zur Anwendung gelangt, kommt ihr an sich keine grössere Wirkung zu, als wenn die Privatperson ihre Rechte zur Geltung bringt; und in jenen Fällen der unmittelbaren Verwaltung, da der Staat dem Individuum als Verpflichteter gegenübertritt, besteht sogar die eigenartige Situation, dass der Staat sich den Rechtsansprüchen des privaten Berechtigten zu beugen hat²⁶. Die Rechtsgewalt des Staates nimmt nur dann den Sinn der öffentlichen Gewalt an, wenn ihr der spezifisch «öffentliche» Charakter eigen ist. Wie das öffentliche Element in der Rechtsgewalt zum Ausdruck kommt, entscheidet sich anhand der Differenzierung öffentlichen und privaten Rechts.

II. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verwaltung

A. Sinn und Zweck der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts

Die Frage der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts hat seit jeher die Rechtswissenschaft beschäftigt, ohne dass je eine Theorie allseits zur Anerkennung gelangt wäre. Während die einen Autoren das Kriterium in rechtsinhaltlichen Merkmalen glauben erkennen zu können, suchen andere dasselbe im Rechtsförmlichen¹, und eine dritte Gruppe anerkennt den Gegensatz überhaupt nicht². Wenn man sich vergegenwärtigt, dass ganze Rechtsgebiete, wie z. B. das angloamerikanische, ohne diese Differenzierung auskommen,

²⁵ Kelsen, Staatsl., S. 97; Kägi, Gewaltenteilung, S. 166.

²⁶ Fleiner, Inst., S. 211, anerkennt, dass der Herrscher Staat dem Untertan gegenüber als gebundener Verpflichteter erscheinen kann.

¹ Holliger, Kriterium, hat im ganzen 17 verschiedene Theorien zusammengestellt.

² So z. B. Kelsen, Staatslehre, S. 80 ff., R.Rechtsl., S. 109 ff.

hingegen im kontinentalen Recht der Dualismus allgemein anerkannt ist, so könnte man tatsächlich zur Ueberzeugung gelangen, es handle sich hier nur um ein rechtstechnisches, positivrechtlich statuiertes, dem Recht als solchem nicht immanentes Prinzip. Diese Annahme würde jedoch voraussetzen, dass das positive Recht nicht nur die Zweiteilung an sich proklamiert, sondern derselben auch ein Kriterium zugrunde legt, was, wie das Beispiel des schweizerischen Rechts zeigt, nicht der Fall ist. Art. 6 ZGB wahrt den Kantonen ihre öffentlichrechtlichen Befugnisse, Art. 59 ZGB behält für die öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vor, und Art. 41 OG spricht von Zivilrechtsstreitigkeiten, ohne dass in einem dieser Rechtssätze oder auch anderweitig umschrieben wäre, was unter öffentlichen und privaten Rechtsverhältnissen zu verstehen ist. Das positive Recht geht also davon aus, dass ein allgemeingültiger Wesensunterschied im Recht gegeben sei und überweist die Entscheidung der Frage des Unterscheidungsmerkmals der Wissenschaft, die auf Grund allgemeingültiger Erkenntnisse über die Eigenart des Rechtes zu einem Resultat gelangen muss³.

Wenn das positive Recht eines Staates den Gegensatz öffentlichen und privaten Rechts nicht statuiert, so kann das nur bedeuten, dass einfach diese dem Recht immanente Differenz nicht ausdrücklich erwähnt wird, oder dass sie nicht erwähnt zu werden braucht, weil in dem betreffenden Gemeinwesen gar nicht zweierlei Recht, nämlich neben dem öffentlichen kein privates Recht existiert, was allerdings praktisch selbst unter einem vollständig sozialisierten System kaum möglich ist. Der Dualismus aber besteht immer und überall als ein grundlegendes Problem der rechtlichen Gestaltung menschlicher Lebensverhältnisse. Gerade die Ausnahme des vollständig sozialisierten Staates zeigt, dass jede Rechtsordnung sich schlüssig werden muss, ob sie ihre Verwirklichung ganz dem Staate vorbehalten will, oder ob dieselbe zum Teil privatem Willen überlassen werden soll⁴. Der eigentliche Sinn der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts besteht daher in der Abgrenzung von staatlicher Bindung und privater Freiheit⁵. Die erste und unumgängliche Er-

³ Fleiner, Inst., S. 50; Burckhardt, Organisation, S. 29 f.

⁴ Burckhardt, Methode, S. 170.

wägung, die ein Verfassungsgesetzgeber anstellen muss, ist stets die, ob dem Einzelnen eine Sphäre der Selbstbestimmung, der persönlichen rechtlichen Freiheit eingeräumt werden soll und wie weit dieser Spielraum der privaten Willkür reichen darf.

Die Entscheidung in dieser Frage und die damit zum Ausdruck gebrachte Anerkennung und Wertung des Individuums verleihen dem Staatsgebilde seine politische Färbung. Das ist nicht so zu verstehen, dass der Gegensatz der beiden Rechtsgebiete etwa politischen Ursprungs wäre ⁶, sondern dass eben die Gestaltung des Verhältnisses von kollektiver Bindung und individueller Freiheit zwangsläufig die politische Struktur der staatlichen Rechtsgemeinschaft bestimmt. Durch den Grad der Anerkennung des Eigenwertes des Einzelnen in der Staatsgemeinschaft unterscheiden sich der liberale und der totalitäre Staat ⁷. Die Differenzierung des Rechts in einen privaten und einen publizistischen Teil ist daher nicht nur eine rechtstechnische Abgrenzung zweier verschiedener Rechtsverwirklichungsmethoden, sondern in ihr tritt die ratio des von der Verfassung konstituierten Staatslebens in Erscheinung.

Das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht vermag auch die staatliche Gemeinschaft in ethischer Hinsicht zu charakterisieren. Je stärker die sittliche Kraft der Individuen und der freien gesellschaftlichen Gruppen ist, und je kräftiger die staatsfreie Gerechtigkeit, das soziale Ethos entwickelt ist, um so mehr kann der Staat auf die Anwendung von Zwang verzichten und um so weniger Aufgaben fallen ihm zu ⁸. Das Recht, das der Staat schafft, ist nur der Ersatz für das Recht, das die menschliche Gesellschaft selbst schaffen sollte. Je mehr die Idee des Rechts durch den freien Willen der Rechtsgenossen verwirklicht wird, desto grösser ist die staatsfreie Sphäre und desto ausgeprägter ist das liberale Element des Staates. Umgekehrt wird der Bereich der staatlichen Zwangsordnung um so grösser und nähert sich damit der Staat um so mehr dem totalen, je mehr die sittliche Kraft der Gesellschaft versagt ⁹. Man kann nun dagegen einwenden, dass es sich schliesslich gleich-

⁵ Burckhardt, Organisation, S. 31.

⁶ Vgl. Kelsen, Staatslehre, S. 86 ff.

⁷ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 180.

⁸ Brunner, Gerechtigkeit, S. 164, 243.

⁹ Brunner, S. 243.

bleibe, ob im Staate das der Rechtsidee zugrunde liegende Ziel der Gerechtigkeit freiwillig oder gezwungen erreicht werde. Allein, wir glauben, dass eine ethisch hochstehende staatliche Rechtsgemeinschaft auf dem totalitären Wege überhaupt nicht erreicht werden kann; denn wenn schon den Gliedern eines Volkes die sittlichen Kräfte zu einer freiwilligen gerechten Ordnung fehlen, so ist nicht zu erwarten, dass der aus diesem Volke wachsende Staatswille ein besseres Resultat erreichen wird. Dadurch, dass zwangsweise Recht geschaffen wird, ist keine Garantie dafür geboten, dass dieses Recht auch dem ethischen Postulat der Gerechtigkeit entspricht. Auch das staatliche Recht empfängt seinen sittlichen Gehalt aus der sittlichen Kraft der zu dessen Erlass berufenen Menschen. Ein Volk aber, das sittlich zum Verfall neigt, wird kaum über gesetzgebende Repräsentanten verfügen, die auf wesentlich höherem moralischem Niveau sich befinden, oder es wird sie mindestens nicht zur Rechtssetzung berufen.

Angesichts dieser fundamentalen Bedeutung, die dem Dualismus öffentlichen und privaten Rechts im Staatsleben zukommt, ist es nicht nur Aufgabe der Wissenschaft, auf diese Zusammenhänge hinzuweisen, sondern auch in eindeutiger Weise festzulegen, worin der konkrete Unterschied der beiden Rechtsgebiete in Erscheinung tritt, damit jedem, der an der Gestaltung des Rechtslebens mitwirkt, klar ist, wann im Einzelfall das Prinzip der Freiheit gewahrt ist, und wann das autoritäre Element zum Durchbruch gelangt. Es ist dies vor allem deshalb wichtig, weil der Uebergang von der freiheitlichen zur gebundenen rechtlichen Regelung einer Materie nicht immer offen zutage tritt. Die Illusion ist weit verbreitet, dass die Staatsform der Demokratie, welche die Freiheitsrechte zu ihren Lebenselementen zählt¹⁰, an sich dafür garantiere, dass die private Freiheit auch gewahrt bleibe. In Wirklichkeit jedoch weist auch die ursprünglich liberalste Demokratie die Tendenz zur Entartung auf. Ein darin sukzessive zur Geltung gelangender Parlaments- und Regierungsabsolutismus führt schliesslich zur völligen Erdrückung des Individuums¹¹. Um dieser Entwicklung zu begegnen, ist neben dem starken Freiheitswillen jedes Einzelnen notwendig, dass jeder dar-

¹⁰ Vgl. Meisser, Demokratie und Liberalismus in ihrem Verhältnis zueinander. Diss. Zürich 1941.

¹¹ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 164.

über wache, ob diesem Willen jeweils auch Geltung verschafft wird, ob also die Gestaltung der Rechtsverhältnisse dem individuellen Belieben, d. h. der privatrechtlichen Regelung anheimgegeben wird. Dabei ist diese Aufmerksamkeit nicht nur dort erforderlich, wo der Geltungsbereich des Privatrechts durch öffentlichrechtliche Beschränkungen mehr und mehr eingeengt zu werden droht, sondern ganz besonders auch dort, wo das Privatrecht beinahe unmerklich in seinem individualistischen Gefüge von kollektivistischen und totalitären Gedankengängen durchdrungen und damit in seinem Wesen verfälscht wird¹². Weil ein traditionelles privatrechtliches Institut nicht unbedingt dafür Gewähr bietet, dass wir es materiell noch mit Privatrecht zu tun haben, sind wir gezwungen, die Voraussetzungen genau festzulegen, welche erlauben, ein Rechtsverhältnis als privatrechtlich zu bezeichnen. Es genügt eben nicht, den Sinn des Privatrechts im Prinzip zu kennen, wenn im konkreten Fall dieser Sinn ausgehöhlt und nur eine leere privatrechtliche Form übriggeblieben ist.

Aus diesem Grunde sind auch die Bestrebungen zu bekämpfen, die dahin gehen, praktisch eine Ueberbrückung des Gegensatzes öffentlichen und privaten Rechts herbeizuführen und die dadurch die Erkenntnis des prinzipiellen Unterschiedes der beiden Rechtsgebiete noch mehr verdunkeln. So wird versucht, im Begriff des Wirtschaftsrechts, unter welchem die Gesamtheit der Rechtssätze verstanden wird, die die erwerbswirtschaftlichen Unternehmen und ihre Tätigkeiten regeln, das öffentlichrechtliche und das privatrechtliche Element zu vereinigen¹³. Diese Betrachtungsweise setzt sich über den gegebenen Dualismus des Rechts hinweg und fasst den Rechtsstoff nach dem ausserrechtlichen, wirtschaftlichen Tatbestand des Unternehmens, unabhängig von dessen rechtlicher Ausgestaltung, zusammen. Bei der Betrachtung des einzelnen Unternehmens in seinem rechtlichen Dasein, in seinen Rechtsbeziehungen kommen wir aber um die Notwendigkeit nicht herum, dasselbe in seiner spezifischen rechtlichen Eigenart zu erfassen. Mit der Feststellung, dass ein Unternehmen private und öffentliche Rechtsbeziehungen in sich vereinige, und dass es vielleicht die beiden Ele-

¹² Vgl. S. 36 f.

¹³ Hug, Problematik, S. 23.

mente in einer Mischung enthalte, die es vom traditionellen Typus eines privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Verbandes abweichen lassen, ist der Praxis nicht gedient. Der Versuch, solche Gebilde als Mischgebilde begrifflich zu erfassen, um sie wirtschaftsrechtlich zu systematisieren, muss vom erkenntnistheoretischen Standpunkt aus als verfehlt bezeichnet werden, weil er nur dazu dient, der Kernfrage der grundsätzlichen Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht aus dem Wege zu gehen.

Die Frage nach der öffentlichen oder privaten Natur eines Rechtsatzes oder Rechtsverhältnisses erlangt praktisch stets dort Bedeutung, wo aus dem positiven Recht nicht eindeutig hervorgeht, welche Rechtsgrundsätze für einen zu beurteilenden Tatbestand massgebend sind, sei es, dass nicht klar ist, welche materiellen Normen zur Anwendung zu bringen sind, sei es, dass unentschieden ist, wer zur Rechtsanwendung befugt ist ¹⁴. Auch wird die Frage dort aktuell, wo die Rechtssetzungsbefugnisse auf verschiedene Instanzen verteilt sind, wie beispielsweise auf Bund und Kantone. Und schliesslich kann problematisch sein, ob einer Rechtsnorm zwingender oder dispositiver Charakter zugeschrieben werden muss. In allen diesen Fällen soll die Wissenschaft ergründen, in welche Rechtssphäre der betreffende rechtliche Tatbestand gehört. Und zwar hat dies anhand eines Kriteriums zu geschehen, das ausserhalb des positiven Rechtes liegt ¹⁵; denn wir können wohl nicht vom positiven Recht ausgehen, um eine Frage zu beantworten, die von demselben offengelassen worden ist. Das wäre ein Rückschluss von der erst zu findenden Antwort auf die Frage. Wir können nicht sagen, dass jene Rechtsverhältnisse privatrechtliche seien, die vom Zivilrichter beurteilt werden, wenn sich die Zuständigkeitsfrage erst darnach entscheidet, welcher Rechtsnatur der betreffende Tatbestand ist ¹⁶. Und ebenso ist ein Rechtsverhältnis nicht deshalb öffentlichrechtlich oder privatrechtlich, weil es von öffentlichen oder privaten Normen geregelt wird, wenn wir darnach fragen, ob öffentliche oder private Rechtssätze zur Anwendung gelangen sollen. Schliesslich können wir die Rechtsnatur auch nicht aus dem zwingenden oder nicht zwingenden Charakter einer Norm folgern, wenn gerade um-

¹⁴ Burckhardt, Organisation, S. 29.

¹⁵ Burckhardt, Organisation, S. 30.

¹⁶ Fleiner, Inst., S. 50; Burckhardt, Organisation, S. 70.

gekehrt dieser aus der öffentlichen oder privaten Eigenart des Rechtsverhältnisses abgeleitet werden soll. Es bleibt daher in allen Fällen nichts anderes übrig, als die Entscheidung auf grundsätzlicher, vom positiven Recht unabhängiger Basis zu treffen.

B. Das Kriterium der Unterscheidung

Der dargestellte Sinn der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts zeigt, dass es sich hier im Grunde um ein rechtspolitisches Problem handelt, das seine Lösung in prinzipieller Hinsicht dadurch erfährt, dass entweder die Realisierung der gesamten Rechtsordnung dem Staate vorbehalten bleibt, oder dass daneben auch dem privaten Individuum die Befugnis zur Rechtsverwirklichung von Verfassungsrechts wegen eingeräumt wird. Wird in dieser Weise das gesamte Rechtsleben in eine öffentliche und eine private Sphäre aufgeteilt, so bleibt die praktische rechtspolitische Frage stets aktuell, welchem der beiden Rechtsgebiete die Regelung und Realisierung eines Lebensverhältnisses zuzuweisen sei, ob es der individuellen Willkür von Privatpersonen überlassen werden kann, oder ob sich der Staat seiner anzunehmen habe.

Der tiefere Grund, der zu einem solchen rechtspolitischen Problem führt, liegt im dargestellten Gegensatz individueller und kollektiver Interessen und der daraus resultierenden Notwendigkeit der rechtlichen Sicherstellung jener Interessen der Gesamtheit, durch die ein gedeihliches Zusammenleben der Individuen in der menschlichen Gesellschaft ermöglicht wird¹. Das Schicksal der privaten Interessen kann dem Zufall überlassen werden; über ihre Realisierung soll der freie Wille der Beteiligten entscheiden. Öffentliche Interessen hingegen müssen unbedingt verwirklicht werden; in ihrer Wahrnehmung liegt der eigentliche Zweck der staatlichen Rechtsgemeinschaft. Die rechtliche Gestaltung der öffentlichen Interessenverwirklichung kann daher auch nicht die gleiche sein wie die Normierung privater Verhältnisse. Die Notwendigkeit der Erfüllung öffentlicher Zwecke verlangt eine unbedingt zwingende Ordnung; der Freiheit in der Verfolgung privater Interessen

¹ Vgl. S. 55.

entspricht hingegen eine dispositive Regelung. Aus diesem Grunde besteht denn auch, wie wir bereits festgestellt haben, der prinzipielle Unterschied öffentlichen und privaten Rechts im Gegensatz von staatlicher Bindung und privater Freiheit.

Die konsequente Ausprägung dieses grundsätzlichen Unterschiedes sollte sich im öffentlichen Recht in einer abschliessenden und zwingenden gesetzlichen Regelung des ganzen Rechtsverwirklichungsprozesses zeigen, im privaten Recht in einer willkürlichen rechtsgeschäftlichen Ordnung ohne jeden Zwang zu deren tatsächlichen Realisierung. Allein, die Scheidung öffentlichen und privaten Rechts ermangelt im positiven Recht dieser absoluten Folgerichtigkeit, woraus denn auch die praktischen Differenzierungsschwierigkeiten und die Suche nach einem geeigneten Kriterium resultieren.

So kann der Staat in die private Rechtsverwirklichung in der Weise eingreifen, dass er sich die Regelung der Rechtsbeziehungen der Privaten zur Aufgabe macht. Entweder erlässt er Rechtsnormen, die zur Ergänzung der von den Beteiligten selbst gesetzten Ordnung dienen, oder solche, die dann Geltung erlangen sollen, wenn überhaupt keine andern, rechtsgeschäftliche Anordnungen getroffen wurden², oder schliesslich Rechtssätze, an deren Stelle zwar keine private rechtsgeschäftliche Ordnung treten kann, die jedoch nur unter der Voraussetzung Wirkung erlangen können, dass tatsächlich ein entsprechendes Rechtsverhältnis von seiten der Privaten begründet wird³. Soll nun in allen diesen Fällen deshalb, weil der Staat die Rechtssetzungsfunktion ausübt, den betreffenden Rechtssätzen öffentliche Eigenschaft zugesprochen werden? Wenn dieselben trotz ihres öffentlichen Ursprungs als privatrechtliche zu bezeichnen sind, so ist dies damit zu begründen, dass sie Rechtsverhältnisse regeln, an denen der Staat selbst nicht beteiligt ist⁴. Der Staat ist weder Berechtigter noch Verpflichteter, sondern regelt als unbeteiligter Dritter lediglich deren gegenseitige Beziehungen. Seine Funktion erschöpft sich darin, den Privatpersonen Rechtsätze zur Verfügung zu stellen, um deren Schicksal er sich aus eigener Initiative nicht weiter kümmert. Es besteht lediglich ein öffent-

² Burckhardt, Methode, S. 173.

³ Burckhardt, Organisation, S. 60.

⁴ Nawiasky, Allg. Rechtslehre, S. 262.

liches Interesse an der Existenz dieser Normen, nicht jedoch an deren Verwirklichung.

Die Schlussfolgerung, dass es sich dort um *privates Recht* handle, wo der Staat nicht am Rechtsverhältnis beteiligt sei, könnte nun den Umkehrschluss als berechtigt erscheinen lassen, dass jede Rechtsbeziehung, in welcher das Gemeinwesen in Erscheinung tritt, zum öffentlichen Rechtsgebiet gehöre. Damit wäre das Problem der Abgrenzung der beiden Rechtssphären auf die einfachste Weise gelöst. Allein, wir haben bereits gesehen, dass der Staat nicht immer als solcher am Rechtsverkehr teilzunehmen braucht. Er kann sich auch die Eigenschaft einer Privatperson, eines Privatrechtssubjektes zuerkennen⁵. In solchen Fällen liegt dann ebenso ein Privatrechtsverhältnis vor, wie wenn zwei Individuen miteinander in Rechtsbeziehung treten, so dass aus der Beteiligung des Staates auch kein zwingender Schluss auf die Eigenart eines Rechtsverhältnisses zulässig ist.

Immerhin unterliegt es keinem Zweifel, dass die Teilnahme des Gemeinwesens eine wesentliche Voraussetzung öffentlichen Rechtes darstellt⁶, so dass jeweils in erster Linie die Frage abgeklärt werden muss, ob diese Teilnahme in öffentlicher oder privater Eigenschaft erfolgt. Die traditionelle Theorie sieht den Unterschied des öffentlichen und des privaten Rechtscharakters des Staates darin, dass derselbe in seinem eigentlichen Wesen dem Einzelnen übergeordnet sei, ihm mit Herrschergewalt entgegentrete, während er als Privatmann sich mit dem Individuum auf dem Boden der Gleichberechtigung bewege⁷. Dem Staate komme rechtlich ein höherer Wert zu, sein Wille besitze eine grössere rechtliche Kraft als der Wille der Untertanen. Das wesentliche Merkmal des öffentlichen Rechtsverhältnisses liege folglich in einer Rechtswertdifferenz der beteiligten Subjekte, weshalb dasselbe die Eigenschaft eines Gewalt- oder Herrschaftsverhältnisses aufweise. Zu dieser Auffassung ist in erster Linie zu bemerken, dass das Kriterium der Ueberordnung des Staates nur dann in Betracht kommen kann, wenn tatsächlich ein *privates Individuum* dem Staate gegenübersteht, nicht aber, wenn

⁵ Fleiner, Inst., S. 46; Burckhardt, Organisation, S. 91 f.

⁶ Nawiasky, S. 262; Köttgen, Die erwerbswirtschaftl. Betätigung der öffentl. Hand (Recht und Staat in Gesch. und Gegenwart, Heft 59), S. 9.

⁷ G. Jellinek, Staatsl., S. 384; Mayer, Verw. R. I, S. 15; Fleiner, Inst., S. 51, 149; Egger, ZGB Art. 6 N. 7.

zwei Verbände des öffentlichen Rechts in Rechtsbeziehung treten und folglich gar keine Wertdifferenz besteht.

Das Merkmal der Ueberordnung ist aber auch dort für eine Charakterisierung des öffentlichen Rechtsverhältnisses nicht verwendbar, wo sich tatsächlich Staat und Privater gegenüberstehen. Wie bereits ausgeführt, existiert bei der unmittelbaren Verwirklichung von Staatszwecken von seiten des Staates gegenüber dem Bürger kein Gewaltverhältnis. Der Staat wendet sich in diesem Falle nicht mit Befehl an die Privatperson, und auch bei der mittelbaren Verwaltung stellt die beim Staate in Erscheinung tretende Befehlsgewalt keine ihm vorbehaltene Macht dar, indem auch der private Berechtigte eine Art Machtposition inne hat, nämlich eine durch die Rechtsnorm verliehene Gewalt gegenüber dem Verpflichteten⁸. Folglich kann das auf dieser Rechtsgewalt beruhende, in jeder Rechtsbeziehung in Erscheinung tretende Ueberordnungsverhältnis kein Charakteristikum des öffentlichen Rechtes sein.

Damit ist nun nicht ausgeschlossen, dass in der Rechtsgewalt, die der Staat in der Eigenschaft als Berechtigter ausübt, das öffentliche Element in Erscheinung tritt, indem in der Art der Geltendmachung der Rechtsanwendungskompetenz das eigentliche Wesen des Staates sich offenbart. Wenn nämlich ein von seiten des Gemeinwesens verfolgter öffentlicher Zweck nicht nur ein Postulat bleiben, sondern unbedingt verwirklicht werden soll, so kann die tatsächliche Geltung der Rechtsnormen, die der Erreichung dieses Zieles dienen, nicht der Willkür der berechtigten Individuen überlassen werden. Es genügt nicht, dass der Staat zur Erfüllung seiner Zwecke Verhaltenspflichten statuiert und zu deren Geltendmachung seine Organe ermächtigt, er muss auch dafür sorgen, dass diese zur Rechtsanwendung berufenen Verwaltungsfunktionäre von ihrer Kompetenz Gebrauch machen. Es muss also die Befugnis, vom Verpflichteten die Erfüllung seiner Rechtspflicht zu verlangen, durch eine Verhaltensnorm ebenfalls zur Rechtspflicht erheben. Damit wird die Geltung der das Verhalten des Verpflichteten bestimmenden Norm dem subjektiven Willen des Berechtigten entzogen und zur objektiven Gewalt des Rechtes umgewandelt. Die in jedem Rechtsverhältnis in Erscheinung tretende Rechtsgewalt muss hier in Er-

⁸ Vgl. S. 70.

füllung einer Pflicht gegenüber dem Staate zur Wirkung gebracht werden und bedeutet folglich die objektive Geltung des Rechts, im Gegensatz zu jener Rechtsanwendungsbefugnis des Berechtigten, die im Rahmen der Kompetenz nach Belieben ausgeübt werden kann und damit dem Verhaltensrecht nur subjektive Geltung zu verleihen vermag. Die objektive Verhaltensnorm gilt unabhängig vom Wünschen und Wollen aller Beteiligten⁹, also nicht nur unabhängig vom Willen des Verpflichteten selbst, sondern auch des Berechtigten. Sie ist absolut zwingender Natur.

Wo der Staat in dieser zwingenden Weise dem Individuum gegenübertritt, steht die öffentliche Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses ausser Zweifel. In der objektiven, von jedem willkürlichen Belieben unabhängigen, durch die staatliche Anwendungspflicht sichergestellten Geltung der Rechtsnorm kommt der erwähnte öffentlichrechtliche Grundgedanke der Bindung in vollendeter Weise zum Ausdruck. Wo hingegen eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung des Berechtigten zur Erzwingung des rechtlich geforderten Verhaltens des Verpflichteten fehlt, wie dies bei der mittelbaren Verwaltung der Fall sein kann, besonders aber bei der unmittelbaren Verwirklichung staatlicher Zwecke vorkommt¹⁰, fehlt auch der formell einwandfreie Beweis, dass es sich um ein öffentliches Rechtsverhältnis handelt; denn im Ermessen des Berechtigten, ob er von seiner Kompetenz zur Rechtsanwendung Gebrauch machen will, liegt ein subjektives Element, das als solches in die privatrechtliche Richtung weist. Wenn wir jedoch auf Grund anderer Anhaltspunkte auf den öffentlichrechtlichen Charakter schliessen können, so folgt daraus, dass auch ohne ausdrückliche Statuierung eine Pflicht zur Rechtsausübung besteht, weil der Sinn des öffentlichen Rechts eben verlangt, dass das gesetzlich geforderte Verhalten auch tatsächlich erfolgt und das öffentliche Interesse damit verwirklicht wird. Womit soll jedoch die öffentliche Rechtsnatur begründet werden, wenn deren wesentliches Merkmal des gesetzlichen Zwanges fehlt?

Diese Frage erhebt sich auch dort, wo es sich nicht um die Kompetenz zur Rechtsanwendung handelt, sondern wo die die

⁹ Kelsen, Staatsl., S. 14, 100.

¹⁰ Z. B. der Anspruch eines Mitgliedes einer staatlichen Versicherungskasse auf deren Leistung.

Rechtsverhältnisse begründende Rechtssetzungsbefugnis zur Diskussion steht. Den beiden Prinzipien der Bindung und der Freiheit entsprechend wäre folgerichtig, dass die Existenz der Privatrechtsverhältnisse dem freien Willen der Beteiligten anheimgegeben wäre und die Statuierung öffentlicher Rechte und Pflichten durch Gesetz zwingend geschehen würde. Die Begründung der Rechtsverhältnisse des Staates zu seinen Bürgern erfolgt jedoch nicht immer in der Form des Gesetzes, sie wird vielfach auch dem freien Ermessen der Beteiligten überlassen, oder wenn schon eine Rechtsbeziehung allgemein durch Gesetz geregelt wird, so wird doch deren konkrete Entstehung dem Belieben der einen odern andern oder beider Parteien überlassen¹¹. Wo liegt nun hier der Unterschied gegenüber den privatrechtlichen Beziehungen des Staates, gegenüber der willkürlichen rechtsgeschäftlichen Begründung und Aufhebung von Rechten und Pflichten?

Der Hinweis darauf, dass Privatrecht dort vorliege, wo auf ein Recht rechtsgeschäftlich verzichtet werden könne¹², vermag das Problem nicht zu lösen; denn wenn nicht schon klar ist, ob es sich um privates oder öffentliches Recht handelt, kann auch nicht bestimmt werden, ob auf ein Recht verzichtet werden kann oder nicht. Die Verzichtbarkeit ist nur die Kehrseite des zwingenden Charakters, und beides folgt aus der privaten oder öffentlichen Natur, nicht umgekehrt. Wo daher das positive Recht in seiner Gestaltung der Rechte und Pflichten in bezug auf die konsequente Einhaltung des öffentlichen oder privaten Prinzips mangelhaft ist, bleibt keine andere Möglichkeit, als auf den Grund zurückzugreifen, auf dem der Dualismus der beiden Rechtsgebiete beruht. Nur so ist die Frage nach der Rechtsnatur im Einzelfall überhaupt beantwortbar.

Da nun der Grund der Zweiheit öffentlichen und privaten Rechts in der Verschiedenheit der menschlichen Interessen liegt, muss das Kriterium der Differenzierung öffentlicher und privater Interessen mit demjenigen der Unterscheidung der beiden Rechtsgebiete identisch sein, so dass im Einzelfall die konkrete Interessenlage, d. h. die einem Rechtsverhältnis immanenten Interessen öffentlichen oder privaten Charakters darüber entscheiden, ob das eine oder andere

¹¹ Z. B. die Eingehung eines öffentlichen Beamtenverhältnisses oder die Benützung einer öffentlichen Anstalt.

¹² Burckhardt, Organisation, S. 84, Methode, S. 177.

Rechtsgebiet gegeben ist. Wo öffentliche Interessen geregelt werden, sind die betreffenden Normen öffentlichrechtliche, während private Interessen ihrer Normierung privatrechtlichen Charakter verleihen.

Von jeher hat man die Abgrenzung öffentlichen und privaten Rechts mit der Unterscheidung der menschlichen Interessen in private und öffentliche in Zusammenhang gebracht. Schon Ulpian, der eigentliche Begründer der Interessentheorie, differenzierte das Recht darnach, ob die Normierung den Interessen des Staates diene, oder ob sie die Belange der Individuen im Auge habe¹³. Aber auch heute noch wird diese Auffassung als grundlegend anerkannt¹⁴. Jedenfalls kann sie nicht mit der Begründung abgetan werden, dass einerseits die Normierung der Tatbestände des privaten Rechts im Interesse der Allgemeinheit geschehe, und andererseits jeder Einzelne ein Interesse an einer zugunsten der Gesamtheit vorgenommenen Regelung habe, indem er hierdurch als Glied der Gemeinschaft ebenfalls betroffen werde¹⁵. Wenn auch zugegeben werden muss, dass Individualinteressen und Gesamtinteressen untrennbar verbunden sind, weil eben die Gesamtheit die Summe der Einzelnen darstellt, so steht andererseits fest, dass für die tatsächliche Verwirklichung eines Gesamtinteresses die Unterordnung der entsprechenden Einzelinteressen unumgänglich ist¹⁶, und dass eine Organisation notwendig ist, die dasselbe gegenüber den Vertretern der Individualsphäre autoritativ repräsentiert.

Die Differenzierung öffentlichen und privaten Rechts beruht denn auch nicht bloss auf dem Unterschied von Gesamt- und Individualinteressen an sich, sondern auf der Gegenüberstellung von Gesamtinteressen, die durch den Staat wahrgenommen werden, und allen übrigen Interessen, also den privaten Belangen des Staates und allen denjenigen, die den Privatpersonen überlassen sind, seien sie kollektiver oder individueller Art. Dem öffentlichen Recht liegen folglich nur die öffentlichen Interessen im eigentlichen Sinne zugrunde, die wir begrifflich umschrieben haben als objektive Ge-

¹³ D. 1, 1, 1, 2: publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.

¹⁴ Egger, ZGB Art. 6, N. 6 ff.

¹⁵ So argumentiert Kelsen, Staatslehre, S. 81.

¹⁶ Hug, Problematik, S. 33.

samtinteressen, denen der Staat ein subjektives Interesse entgegenbringt. Mit andern Worten handelt es sich hier um kollektive Interessen, an denen die Allgemeinheit Anteil nimmt und die daher durch die staatlichen Willensträger verfolgt werden sollen. Die Repräsentanten des Gesamtwillens sind gewissermassen durch denselben gebunden, sie sind der Öffentlichkeit verantwortlich, weshalb auch die rechtliche Gestaltung dieser öffentlichen Aufgabenerfüllung das Moment der Bindung in sich aufnehmen muss. Das bedeutet, dass dort, wo diese Interessenlage gegeben ist, konsequenterweise nur öffentliches Recht gelten kann, und dass in jenen Fällen, wo das Moment der Bindung formell nicht den folgerichtigen Ausdruck gefunden hat, trotzdem öffentliche Grundsätze zur Anwendung gelangen müssen.

Die grosse Schwierigkeit besteht jedoch darin, festzustellen, wann der Staat Gesamtinteressen wahrnimmt. Erst mit der Beantwortung auch dieser Frage ist das Problem der Differenzierung öffentlichen und privaten Rechts letzten Endes gelöst. Dass sie nicht allgemein gültig beantwortet werden kann, weil die Begriffe des Individual- und Gesamtinteresses von Ort zu Ort und von Zeit zu Zeit verschieden sind, haben wir bereits festgestellt¹⁷. Nur im konkreten Fall kann durch ein Werturteil eindeutig konstatiert werden, ob einem Interesse der eine oder andere Charakter zuzuschreiben sei. Das bedeutet aber, dass uns für die Abgrenzung privaten und öffentlichen Rechts überhaupt kein Kriterium zur Verfügung steht, das eine eindeutige, anhand logischer Deduktion vorzunehmende Lösung ermöglichen würde. Dieses an sich unbefriedigende Ergebnis hindert uns aber nicht, das der Normierung immanente Interesse als das einzig massgebende Unterscheidungsmerkmal zu verwenden; denn wenn dasselbe auch nur auf Grund eines Werturteils festgestellt werden kann, so ist es immerhin kein subjektiver oder willkürlicher Begriff¹⁸. Ob Gesetzgeber, Richter oder Verwaltungsbehörde vor diese rechtspolitische Frage gestellt sind, sie alle müssen die Antwort auf Grund sachlicher, vernünftiger Erwägungen suchen. Es darf z. B. der Begriff des kollektiven Interesses einer-

¹⁷ Vgl. S. 58; Burckhardt, Organisation, S. 35; Fleiner, Einzelrecht und öffentl. Interesse, S. 3.

¹⁸ Burckhardt, Organisation, S. 37, Anm. 42.

seits nicht überspannt werden¹⁹, andererseits muss aber auch ein Interesse, dass nach allgemeiner Anschauung ein solches der Allgemeinheit ist, in dieser Eigenschaft anerkannt werden.

Generell kann gesagt werden, dass die Wahrnehmung eines Interesses durch einen öffentlichen Willensträger stets auf ein Gesamtinteresse hinweist. Ein durch den Staat verfolgter Zweck muss schon eindeutig als in seinem «privaten» Interesse liegend erscheinen, um als privates Interesse eine privatrechtliche Regelung zu erfahren. Grundsätzlich liegt in der Verbindung von öffentlichem Willen mit öffentlichem Willensziel das Wesenselement des öffentlichen Rechts.

C. Die Identität von öffentlicher und öffentlich-rechtlicher Verwaltung

Die traditionelle Verwaltungsrechtstheorie scheidet die öffentliche Verwaltungstätigkeit des Gemeinwesens in Funktionen, die in den Formen des öffentlichen Rechts und in solche, die nach den Regeln des Privatrechts ausgeübt werden¹. Sie stellt der eigentlichen öffentlichen Verwaltung eine privatrechtliche gegenüber, die zum Teil öffentliche Zwecke erfüllt, zum andern Teil der Verwirklichung eigennütziger Ziele des Gemeinwesens dient. Eine Identität zwischen den Begriffen der öffentlichen und der öffentlichrechtlichen Verwaltung liegt somit nach dieser Auffassung nicht vor. Unsere Betrachtung der menschlichen Interessensphären und ihrer dualistischen rechtlichen Erfassung führt jedoch zu einem andern Resultate. Wenn nämlich die Gesamtheit der staatlichen Funktionen zur Wahrung der Allgemeininteressen den Begriff der öffentlichen Verwaltung darstellt und die Verfolgung öffentlicher Interessen notwendig die öffentlichrechtliche Gestaltung nach sich zieht, so müssen öffentliche und öffentlichrechtliche Verwaltung identisch sein. Unter den Begriff der privatrechtlichen Verwaltung fallen dann keine öffentlichen Funktionen mehr; nur die Verfolgung der privaten Zwecke des Gemeinwesens kann sich noch im Rahmen des Privatrechts abspielen.

¹⁹ Fleiner, Einzelrecht, S. 3.

¹ Fleiner, Inst., S. 5; W. Jellinek, Verw.R., S. 24; Ruck, Verw.R. I, S. 16.

Die Identität von öffentlicher und öffentlichrechtlicher Verwaltung hat zur Folge, dass die traditionellen Formen des Privatrechts auch im Gebiete des öffentlichen Rechts erscheinen. So ist es vor allem das typisch privatrechtliche Institut des Vertrages, das auf diese Weise aus seinem ursprünglichen Anwendungsgebiet herausgehoben und als Mittel der öffentlichen Zweckerfüllung auf den Boden des öffentlichen Rechts verpflanzt wird. Angesichts dieser inhaltlich begründeten Verwendung eines Privatrechtstitels im öffentlichen Recht erhebt sich jedoch die grundlegende Frage, ob ein vertragliches Rechtsverhältnis in öffentlichrechtlicher Umdeutung überhaupt noch als Vertrag im eigentlichen Sinne aufgefasst werden kann.

Nach Ansicht der herrschenden verwaltungsrechtlichen Theorie kann der Vertrag als typisches Institut des Privatrechts auf dem Boden des öffentlichen Rechts überhaupt nicht gedeihen². Der öffentlichrechtliche Vertrag sei eine *contradictio in adjecto*, weil das öffentliche Recht die Verhältnisse zwischen ungleichen Rechtssubjekten, zwischen Staat und Untertan regle, während der Vertrag seinem Wesen nach die Gleichordnung der Parteien voraussetze³. Was als öffentlichrechtlicher Vertrag erscheine, sei ein Verwaltungsakt, dessen Rechtsgültigkeit vom Antrag oder von der Zustimmung des Betroffenen abhängig sei⁴. Lediglich dort, wo zwei Gemeinwesen zur Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Verwaltungsaufgabe miteinander in Rechtsbeziehungen treten und folglich rechtliche Gleichordnung bestehe, wird die Möglichkeit des öffentlichrechtlichen Vertrages anerkannt⁵.

Dieser Theorie muss zunächst entgegengehalten werden, dass, wie wir bereits ausführten⁶, die rechtliche Ueberordnung, die in der Ausübung der Rechtsgewalt des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten zum Ausdruck kommt, jedem Rechtsverhältnis eigentümlich ist, also sowohl in den öffentlichen Rechtsakten des Staates gegenüber den Individuen, als auch im privatrechtlichen Vertrag

² O. Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtl. Vertrag (Arch. öff. R. 3), S. 1 ff.; Kormann, Rechtsgesch. Staatsakte, S. 38 f.; Giacometti, Grenzziehung, S. 17.

³ Giacometti, Grenzziehung, S. 17.

⁴ Fleiner, Inst., S. 192; Ruck, Verw.R. I, S. 68.

⁵ Fleiner, Inst., S. 209 f.

⁶ Vgl. S. 70 f.

in Erscheinung tritt. Infolgedessen kann auf dieser Basis zwischen einem Vertrag und einem Verwaltungsakt auch kein Unterschied konstruiert werden.

Ebensowenig kann die Differenz damit begründet werden, dass der Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft darstelle, im Verwaltungsakt jedoch stets eine einseitige Verfügung zu erblicken sei, auch wenn deren Rechtsgültigkeit durch die Zustimmung des Betroffenen bedingt ist⁷, weil der Wille des Staates es sei, der das Rechtsverhältnis massgebend bestimme. Unseres Erachtens liegt dann ein einseitiger Rechtsakt vor, wenn derselbe in einer einseitigen Willenserklärung besteht. Ein einseitiges Rechtsgeschäft des Privatrechts ist beispielsweise dann gegeben, wenn zur Herbeiführung der Rechtswirkung die Willensäußerung einer Partei genügt⁸. Und ebenso besteht der einseitige Rechtsakt des öffentlichen Rechts in der Begründung eines Rechtsverhältnisses durch den alleinigen Willen des Staates. Die Einseitigkeit der Rechtsakte ist dem öffentlichen Recht typisch, wie anderseits im Privatrecht das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Vertrag, die Regel ist. Das darf jedoch nicht dazu verleiten, den öffentlichen Verwaltungsakten stets Einseitigkeit zuzuschreiben. Wie es im Privatrecht ein- und zweiseitige Rechtsgeschäfte gibt, müssen auch im öffentlichen Recht beiderlei Rechtsakte anerkannt werden. Wo ein Rechtsverhältnis zwischen Staat und Privatperson nur durch die Willensbetätigung, bzw. Willenseinigung beider Parteien zur Entstehung gelangt, kann formell gegenüber dem Vertrag tatsächlich kein Unterschied gesehen werden. Auch die zustimmungsbedürftige Verfügung ist zweiseitiger Natur, indem die Rechtsbeziehung nicht durch die einseitige Willenserklärung des Staates, sondern erst mit der durch die Zustimmung des Privaten herbeigeführten Willenseinigung begründet wird⁹.

Was die traditionelle Theorie veranlasst, zwischen der Verfügung des Staates und der Zustimmung oder des Antrages des Privaten eine Wesensdifferenz zu sehen, liegt in der Verschiedenheit der quantitativen inhaltlichen Bestimmung des Rechtsverhältnisses durch die beiden Willensäußerungen begründet, indem dasselbe

⁷ So argumentiert Fleiner, Inst., S. 192.

⁸ v. Tuhr, OR I, S. 122.

⁹ H. Meier, Die Anwendung privatrechtl. Normen im Verwaltungsrecht (Arch. öff. R. 11), S. 242.

von seiten des Staates in der Regel einseitig fixiert wird¹⁰. Die einseitige Regelung ist jedoch auch bei privatrechtlichen Verträgen keine Ausnahme, sei es, dass ein bestimmter Vertragstyp generell einer unabänderlichen gesetzlichen Ordnung unterworfen ist, sei es, dass der Vertragsinhalt durch eine Vertragspartei allein festgelegt wird. Wenn hier trotzdem von zweiseitigen Rechtsgeschäften die Rede ist, dann deshalb, weil der Vertrag nur durch die individuelle Willenserklärung beider Kontrahenten zur Entstehung gelangt. Mit der Statuierung des Vertragsinhaltes durch Gesetz oder die Offerte entsteht noch kein Vertrag. Konstitutiv-effekt kommt erst der Willenseinigung zu, welche die Stufenfolge der dem konkreten Rechtsverhältnis zugrunde liegenden rechtssetzenden Erlasse als unterstes individualisierendes Glied zum Abschluss bringt. In der gleichen Weise stehen sich beim zweiseitigen öffentlichen Rechtsakt Verfügung und Zustimmung bzw. Antrag als gleichwertige konstituierende Faktoren gegenüber, unabhängig davon, ob der Verfügung ein rechtssetzendes Übergewicht zukommt oder nicht¹¹. Entscheidend für den zweiseitigen Charakter ist allein die Tatsache, dass die konkrete Rechtsbeziehung zwischen Staat und Untertan nur durch die Erklärung beider Parteien entsteht. Auch hier bildet die Willenseinigung die individualisierende unterste Stufe der Rechtssetzung, durch die ein konkretes Rechtsverhältnis erst begründet wird. Die Auffassung der traditionellen Verwaltungsrechtstheorie, dass die Willensäußerung des Privaten nur die Bedingung zur Rechtsgültigkeit der staatlichen Verfügung darstelle, ist unseres Erachtens schon deshalb nicht haltbar, weil diese Konstruktion nur in dem Falle zutrifft, da die private Erklärung die Funktion der Zustimmung und nicht des Antrages hat. Sobald nämlich die Verfügung auf einem Antrag des Privaten beruht, kann auch nicht mehr

¹⁰ Das beweist deutlich die Auffassung Fleiners, wonach ausnahmsweise auch ein öffentlichrechtl. Vertrag zwischen Staat und Untertan möglich ist, wenn auf dessen Ausgestaltung der Wille beider Parteien einen gleichen rechtl. Einfluss besitzt. Vgl. Inst., S. 211; Einzelrecht, S. 4.

¹¹ Der Abschluss eines öffentlichen Rechtsgeschäftes zwischen Staat und Privaten beruht vielfach auf typisch vertraglichen Verhandlungen, durch welche der Inhalt des Rechtsverhältnisses festgelegt wird. So spricht das Bundesgericht beispielsweise bei der Konzession von einem vertragsähnlichen Element, weil deren Inhalt weitgehend auf Verhandlungen und einer Verständigung zwischen Behörden und Bewerber beruht. Vgl. 65. I 313.

von einer Bedingtheit derselben gesprochen werden; denn ohne Antrag wird gar keine Verfügung erlassen, und wird eine solche antragsgemäss erlassen, so ist sie nicht bedingt. Der Antrag des Privaten weist vielmehr deutlich darauf hin, dass hier wie bei der Offerte des privatrechtlichen Vertrages eine auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichtete, individuell rechtssetzende Willenserklärung vorliegt, die gemeinsam mit der zustimmenden Willensäusserung der Gegenpartei konstitutive Wirkung hat.

Wir gelangen damit zum Schluss, dass der Frage der Zulässigkeit der Rechtsform des Vertrages im öffentlichen Recht bloss die Bedeutung eines Streites um die Verwendung des Wortes «Vertrag» zukommt. Formell steht nichts im Wege, ein durch gegenseitige Willensäusserungen begründetes Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts als öffentlichrechtlichen Vertrag zu bezeichnen; denn in der formellen Struktur besteht gegenüber dem privatrechtlichen Vertrag keinerlei Differenz. Die Ablehnung des Vertragscharakters zweiseitig begründeter Verhältnisse des öffentlichen Rechts lässt sich nur damit rechtfertigen, dass mit dem Institut des Vertrages ein privatrechtlicher Sinngehalt verbunden wird. Unseres Erachtens kommt jedoch mit der Bezeichnung «Vertrag» einzig das Moment der Willenseinigung zum Ausdruck, nicht jedoch der subjektive Charakter des Privatrechts. Es ist daher nur konsequent, auch im öffentlichen Recht ein zweiseitiges, auf der Willenseinigung der Parteien beruhendes Rechtsgeschäft als Vertrag zu bezeichnen.

Die so erkannte Uebereinstimmung der formellen Struktur öffentlicher und privater Rechtsverhältnisse beseitigt jegliche Bedenken, bei der Beurteilung der rechtlichen Wirksamkeit des Staates und der Privaten nur nach materiellen Gesichtspunkten vorzugehen und deshalb die Begriffe der öffentlichen und der öffentlichrechtlichen Verwaltung einander gleichzusetzen. Wenn die gleichen Rechtsformen im privaten und im öffentlichen Recht in Erscheinung treten, so besteht auch gar keine andere Möglichkeit, als die Rechtsverhältnisse nach ihrem Inhalt zu erfassen und ihre juristische Klassierung und Behandlung von ihrem wahren Sinngehalt abhängig zu machen. Wir finden hier nur unsere dargelegte Auffassung bestätigt, wonach für die Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts allein der dem Rechtsverhältnis zugrunde liegende Inter-

essentatbestand massgebend sein kann. Es steht daher auch nichts im Wege, ein ursprünglich privatrechtliches Vertragsverhältnis, das eine innere Wandlung in die öffentliche Interessensphäre durchgemacht hat, in seinem Rechtscharakter entsprechend umzudeuten und als öffentlichrechtlichen Vertrag aufzufassen. Ebenso kann umgekehrt eine dem öffentlichen Recht inhaltlich entfremdete Rechtsbeziehung ins private Recht verpflanzt werden.

Das Gebiet der öffentlichen Verwaltung erscheint so als eine geschlossene Einheit prinzipiell gleichgearteter Rechtsverhältnisse, die alle dem öffentlichen Recht angehören und deshalb nach dem diesem Rechtsgebiet eigentümlichen Prinzip der objektiven Gebundenheit verwirklicht werden. Ob es sich um einseitig oder zweiseitig begründete Rechtsverhältnisse handelt, ob ihre Regelung durch individuelle Anordnungen oder generelle gesetzliche Normen erfolgt, stets handelt es sich um öffentliches, objektives Recht, in welchem das Element der Willkür ausgeschaltet ist. Nach unserer Auffassung liegt objektives Recht nicht nur dort vor, wo generell abstrakte Normen gesetzt werden¹². Auch die individuelle Regelung eines konkreten Vertrages zwischen Staat und Privatperson besitzt objektivrechtliche Eigenschaft, wenn sie durch ein öffentliches Interesse gebunden ist. Individuell bedeutet durchaus nicht subjektiv. Eine individuelle Norm kann ebenso nach objektiven Erwägungen erlassen werden wie ein abstraktes allgemeinverbindliches Gesetz und damit die gleiche zwingende Wirkung erlangen wie dieses. Es ist daher der verwaltungsrechtliche Vertrag kein Rechtsgeschäft, dessen Erfüllung ins Belieben des Berechtigten gestellt wäre wie die Realisierung eines privatrechtlichen Vertrages. Auch das individuelle öffentliche Rechtsgeschäft ist absolut zwingender Natur; seine Normierung besitzt objektive Geltung in der Weise, dass die dem Berechtigten zustehende Rechtsgewalt gegenüber dem Verpflichteten nicht nach Belieben ausgeübt werden kann, sondern pflichtgemäss zur Anwendung gebracht werden muss¹³. Wie die Rechtssetzung ist auch die Rechtsanwendung an das zu verwirklichende öffentliche Interesse gebunden und weist infolgedessen öffentlichen Charakter auf. Die Rechtsgewalt wird hier zur öffentlichen Gewalt.

¹² Vgl. Burckhardt, Organisation, S. 267.

¹³ Vgl. S. 81 f.

III. Die Rechtsnatur der öffentlichen Betriebsverwaltung

A. Die Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung

Die staatliche Verwaltungsorganisation, die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben notwendig ist, bildet in unserem föderativen und demokratischen Staate nicht einen einheitlichen, zentralisierten Behörden- und Beamtenapparat, sondern sie ist aufgespalten in eine Vielzahl von Verwaltungskörpern der verschiedensten Art und Bedeutung¹. Dabei sind die öffentlichen Funktionen nicht nur nach örtlichen Gesichtspunkten dezentralisiert, indem innerstaatliche Gebietskörperschaften und Verwaltungsbezirke wie Kantone, Bezirke und Gemeinden ihre eigene Zuständigkeit zur öffentlichen Verwaltungstätigkeit innerhalb ihrer Grenzen besitzen; die Aufteilung erfolgt auch unter dem Gesichtspunkt der zu verfolgenden Zwecke. So werden bestimmte, abgegrenzte Aufgaben aus dem Verwaltungsbereich der politischen Körperschaften besonders zweckgeeigneten Verwaltungskörpern übertragen. Es sind Verwaltungseinheiten anstaltlicher oder korporativer Prägung, die in die öffentliche Ordnung eingegliedert sind, also dem Staate rechtlich wesensgleich sind, nur dass sie ein mehr oder weniger selbständiges, allein auf die Verwirklichung ihrer speziellen Aufgabe gerichtetes Dasein führen.

Wie die dargestellte Entwicklung der öffentlichen Betriebsverwaltung zeigt, stellte sich mit der Uebernahme wirtschaftlicher Aufgaben durch den Staat auch die Notwendigkeit ein, wirtschaftliche Organisationsprinzipien in die öffentliche Verwaltungstätigkeit aufzunehmen. Es entstanden Verwaltungskörper auf betrieblicher Grundlage, zuerst noch ganz im Rahmen der staatlichen Behördenorganisation, dann als mehr und mehr verselbständigte rechtliche Einheiten, bis schliesslich der Staat dazu überging, nach privatwirtschaftlichen Richtlinien organisierte Unternehmungen zu gründen oder sich an solchen zu beteiligen. Die Tendenz zur Dezentrali-

¹ Vgl. Ruck, Verw.R. I, S. 48 ff.

sation der öffentlichen Verwaltung geht damit in einer grundsätzlich neuen Richtung. Öffentliche Verwaltungseinheiten sind zwar diese modernen Unternehmungen des Gemeinwesens trotzdem; aber die frühere Behörden- und Beamtenstruktur ist durch eine von rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten geleitete Unternehmensorganisation ersetzt.

Diese technisch-betriebswirtschaftliche Umgestaltung der öffentlichen Verwaltung hat an sich in rechtlicher Hinsicht keine prinzipiellen Wandlungen zur Folge. Wir müssen auch die Unternehmungen des Gemeinwesens, wenigstens soweit sie tatsächlich öffentliche Aufgaben erfüllen, grundsätzlich als öffentliche Verwaltungskörper auffassen, die dem Regime des öffentlichen Rechts unterworfen sind. Das Verwaltungsrecht hat lediglich die den veränderten organisatorischen Verhältnissen angepassten Normen zur Verfügung zu stellen. Problematisch wird die Rechtsstellung der öffentlichen Betriebsverwaltung erst dort, wo die unternehmensmässige Organisation die teilweise oder gänzliche Verwendung privatrechtlicher Institute und Formen nach sich zieht, und wo Privatpersonen nicht nur als personelle Mittel des Gemeinwesens, sondern als selbständige Willensträger neben dem Staate in den Organismus der Betriebsverwaltung einbezogen werden. Hier erhebt sich die grundlegende Frage, inwieweit noch von einem öffentlichen Verwaltungskörper gesprochen werden kann, für den die Grundsätze des öffentlichen Rechts massgebend sind, und wo eine Unternehmung als privater Wirtschaftsverband in die Sphäre des Privatrechts gehört. Die Situation ist umso komplizierter, als öffentliche Aufgaben auch privaten Rechtssubjekten übertragen werden, wobei sich der Staat als Auftraggeber bzw. als Verleiher des Rechtes zur Ausübung ihm vorbehaltenen Befugnisse mindestens ein Aufsichtsrecht, vielfach aber bestimmte Einflussrechte auf die Willensbildung des privaten Verwaltungsträgers vorbehält.

Ein für die Frage der Rechtsnatur interessantes und viel umstrittenes Beispiel bietet die Schweizerische Nationalbank. Dieses Institut stellt formell eine durch Bundesspezialgesetz geregelte Aktiengesellschaft dar, deren Kapital durch die Kantone und Private aufgebracht wird. Sie ist somit ein gemischtes Unternehmen. Ihre Aufgabe besteht in der Regelung des Geldumlaufes des Lan-

des und in der Erleichterung des Zahlungsverkehrs, also ohne Zweifel Funktionen, die im Interesse der Gesamtheit liegen. Zur Erfüllung ihres Zweckes ist der Bank vom Bunde das ausschliessliche Recht zur Ausgabe von Banknoten übertragen. Deshalb steht sie auch in enger rechtlicher Bindung zum Bund, dem weitgehende Aufsichts- und Mitwirkungsrechte zustehen. Wie soll nun ein solches vielgestaltiges Institut, das öffentlichrechtliche und privatrechtliche Merkmale in sich vereinigt, in seiner Rechtsnatur grundsätzlich beurteilt werden? Zweifellos handelt es sich um ein Unternehmen, das eine öffentliche Verwaltungsaufgabe erfüllt. Zweifelhafte ist jedoch, ob die von Kantonen und Privaten gebildete Aktiengesellschaft als vom Bunde konzessionierte privatrechtliche Unternehmung aufzufassen ist, oder ob die Beziehungen zwischen Aktiengesellschaft und Bund so intensiv sind, dass die Bank als eine öffentliche Anstalt des Bundes erscheint. Theorie und Praxis sind sich über diese Frage deshalb nicht einig, weil die Frage der Unterscheidung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verbände ebenso umstritten ist wie das Problem der Abgrenzung öffentlichen und privaten Rechts überhaupt. In der Folge soll daher versucht werden, ein Kriterium zu finden, nach welchem die im Zuge der Dezentralisation der öffentlichen Verwaltung von der staatlichen Organisation getrennte, aber mit öffentlichen Aufgaben betraute Unternehmungen ihre einwandfreie Stellung in der Rechtsordnung zugewiesen erhalten.

B. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verbände

Für die Differenzierung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verbände werden in Theorie und Praxis die verschiedensten Merkmale zum Kriterium erhoben oder deren mehrere in ihrer Gesamtheit als entscheidend bezeichnet, ohne dass eine Auffassung zu einer allseits anerkannten, klaren und allgemein verwendbaren Unterscheidung geführt hätte. Das positive Recht gibt uns keinerlei Anhaltspunkte. Art. 59 ZGB spricht einfach von öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten, ohne dieselben begrifflich zu umschreiben. Es bleibt daher nichts anderes übrig, als wie für die Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts überhaupt ein Kriterium auf wissenschaftlicher Grundlage zu schaffen.

Im Vordergrund der Betrachtung steht meist das Zweckmoment. Da jedem Verband ein Zweck zugrunde liegt, dessentwillen er errichtet wird¹, liegt es ja nahe, das Kriterium im Zweckgedanken zu suchen. Die ältere Lehre hat denn auch auf Grund der Interessentheorie den Zweck zum alleinigen Kriterium erhoben². Für die öffentlichrechtliche Natur müsse der Zweck ein publizistischer sein, er müsse in der Verfolgung von Allgemeininteressen bestehen. Allein, es liegt auf der Hand, dass eine solch einfache Abgrenzung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verbände allein auf Grund eines innewohnenden Zweckes nicht zum Ziele führen kann; denn Gesamtinteressen können auch von einem privaten Verbands verfolgt werden³. Wir haben bereits früher festgestellt, dass private Tätigkeit nicht notwendig eine eigennützige sein müsse; sie kann ebenso gemeinnützig sein und damit im Interesse der Allgemeinheit liegen wie diejenige des Staates und unter Verzicht auf finanziellen Erfolg geleistet werden.

Man hat daher aufbauend auf dem Zweckgedanken versucht, die Beziehungen des Verbandes zum Staate, in die er um seines Zweckes willen gestellt ist, als für die Rechtsnatur massgebend zu betrachten. So wurde vor allem darauf abgestellt, ob die Körperschaft oder Anstalt dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet sei oder nicht⁴, wobei das Bestehen einer solchen Verpflichtung als Merkmal der öffentlichen Rechtsnatur gewertet wurde. Es steht ausser Zweifel, dass der öffentlichrechtliche Charakter eines Verbandes irgendwie aus seinem Verhältnis zum Staate ersichtlich sein muss; die Verpflichtung zur Erfüllung seiner Aufgaben genügt jedoch allein nicht, um ihn als Bestandteil der öffentlichen Ordnung zu taxieren⁵. Wohl ist das Pflichtenverhältnis zum Staate stets ein öffentlichrechtliches, das konstitutive Rechtsverhältnis des Verbandes selbst hingegen kann dennoch privater Natur sein. Damit ein Verband als zur öffentlichen Ordnung gehörend angesehen werden kann, muss das öffentlichrechtliche

¹ Egger, ZGB Art. 52, N. 7.

² Egger, ZGB Art. 59, N. 7.

³ G. Jellinek, Staatsl., S. 623; Egger, ZGB Art. 59, N. 8; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 6.

⁴ Rosin, Das Recht der öff. Genossenschaft, S. 16.

⁵ G. Jellinek, System der subj. öff. Rechte, S. 252.

Element nicht nur in einer externen Beziehung in Erscheinung treten, sondern es muss dem internen Rechtsverhältnis seine besondere Prägung geben.

Aus dem gleichen Grunde ist es auch ausgeschlossen, in der Verleihung eines Unternehmens mit öffentlichen Befugnissen schon ein genügendes Indiz für die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht zu erblicken⁶; denn auch hier handelt es sich um ein externes Rechtsverhältnis zum Staate, das den inneren Charakter des Verbandes nicht zu beeinflussen vermag. Dem öffentlichen Recht unterstehen die Beziehungen zwischen dem Unternehmen und dem Staat als Verleiher der öffentlichen Befugnisse⁷, sowie die Rechtsverhältnisse des Verbandes gegenüber Dritten, die aus der Geltendmachung der konzidierten Rechte entstehen. Dem Privatrecht unterstellt aber bleibt das interne Rechtsleben des Verbandes, vorausgesetzt natürlich, dass dieser an sich tatsächlich privaten Charakter aufweist; denn vielfach werden auch öffentlichrechtlich organisierte Anstalten oder Körperschaften mit der Ausübung öffentlicher Rechte betraut, oder es wird die Rechtsgestalt eines in einer Form des Privatrechts errichteten Verbandes im Hinblick auf die Uebertragung staatlicher Befugnisse derart nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten ausgebaut, dass er zum öffentlichrechtlichen wird. Aber diese öffentlichrechtliche Ausgestaltung ist von der Konzession unabhängig. Es bleibt dem Staate überlassen, ob er das konzessionierte Unternehmen in seine öffentliche Ordnung einbeziehen will, oder ob er die öffentliche Aufgabe einem Verbands übertragen will, den er in seiner privaten Rechtssphäre unberührt lässt. Welche Lösung er treffen will, ist eine politische Frage. Je nach seinen Intentionen, die staatssozialistischer oder liberalistischer Art sind, wird er die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Variante wählen⁸, über deren grundsätzlichen Unterschied die Tatsache nicht hinwegtäuschen darf, dass in beiden Fällen das betreffende Unternehmen Gesamtinteressen verfolgt, öffentliche Befugnisse besitzt und zum Staate in einem besondern Rechtsverhältnis steht.

⁶ Huber, Wirtschaftsverw.R., S. 6, 47.

⁷ Fleiner, Inst., S. 347; Ruck, Verw.R. I, S. 74.

⁸ Huber, Wirtschaftsverw.R., S. 48.

Der öffentliche oder private Rechtscharakter eines Unternehmens ist auch unabhängig von der Aufsicht, die von einem Gemeinwesen über dessen Wirken und Leben ausgeübt wird. Auch in diesen Aufsichtsrechten, die in den verschiedensten Abstufungen möglich sind, liegt eine bloss externe Beziehung des Verbandes zum Staat. Es ist eine öffentlichrechtliche Beschränkung, die der Autonomie des Unternehmens auferlegt ist, ohne aber dieselbe im Grundsatz aufzuheben. Freilich können Aufsichtsbefugnisse auch in einer Weise ausgedehnt sein, dass von einem Selbstbestimmungsrecht des Beaufsichtigten praktisch keine Rede mehr sein kann. In einem solchen Falle handelt es sich jedoch nicht mehr um eine blosser Aufsicht, nämlich eine Ueberwachung der Unternehmens-tätigkeit und Kontrolle der Geschäftsführung hinsichtlich Zweckerfüllung, sondern um Einflussrechte, die einer Mitwirkung an der Willensbildung des Verbandes gleichkommen. Der Staat erscheint so selbst als Willensträger des Verbandes und verleiht ihm dadurch öffentlichen Rechtscharakter.

Ein weiteres Merkmal, das an sich öffentlichrechtlicher Natur ist, den Verband jedoch nur in seiner externen Rechtssphäre zu qualifizieren vermag, ist der Kontrahierungszwang, der ihm von Gesetzes wegen zur Sicherung seiner öffentlichen Zweckerfüllung gegenüber jedermann auferlegt ist. Auch einem privaten Unternehmen, das vom Staate eine dem Gesamtwohl dienende Aufgabe zugewiesen erhalten hat, kann eine solche Verpflichtung zur Gewährung seiner Leistung an jeden, der darauf Anspruch erhebt, überbunden sein, ohne dass deswegen der Verband selbst in die öffentliche Rechtssphäre erhoben würde⁹.

So sehen wir denn an diesen Beispielen, dass grundsätzlich in all den Rechten und Pflichten, die einem Verbande um seines im Gesamtinteresse liegenden Zweckes willen zugewiesen sind, seine interne Rechtsnatur niemals in Erscheinung treten kann. Der öffentliche oder private Rechtscharakter liegt im Organismus des Verbandes, nicht in seinen Beziehungen nach aussen.

Grundlegendes Element eines jeden Verbandes ist sein Willenssubstrat, von dem seine Existenz ihren Ausgang nimmt, auf dem

⁹ Z. B. ein privates Verkehrsunternehmen. Fleiner, Inst., S. 327.

sein ganzes Leben und Wirken beruht. Ob daher ein Unternehmen von Privatpersonen zur Entstehung gebracht oder durch staatlichen Willen ins Leben gerufen wird, ist für seine Rechtsnatur bestimmt von wesentlicher Bedeutung¹⁰. Auch vermag jede Begründung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten, durch die privater oder öffentlicher Wille in den Organismus eines Verbandes einbezogen oder daraus entfernt wird, denselben in seiner Eigenart zu verändern. Allerdings kann aus der Natur des Willenssubstrates allein der Rechtscharakter des Unternehmens nicht abgeleitet werden. Wohl wird ein von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts gebildeter Verband stets privatrechtlicher Natur sein, auch wenn er im Gesamtinteresse wirkt. Wenn jedoch die Verbandspersönlichkeit ausschliesslich staatlichen Willen repräsentiert, so kann aus dem öffentlichrechtlichen Charakter des Gemeinwesens nicht ohne weiteres auf die analoge Natur des Verbandes geschlossen werden; denn es kann sich der Staat auch in der Eigenschaft eines Privatrechtssubjektes an einem Unternehmen beteiligen.

Schliesslich besteht noch die Möglichkeit der gemischt öffentlichen und privaten Unternehmertätigkeit, die eine logische Schlussfolgerung auf die eine oder andere Seite überhaupt nicht zulässt. Es erhebt sich hier lediglich die Frage, ob infolge der Anwesenheit des privaten Elementes in der Unternehmenspersönlichkeit und damit der Einflussnahme von Privatpersonen auf die Willensbildung des Verbandes die öffentlichrechtliche Eigenschaft überhaupt noch in Erwägung gezogen werden kann. Schliesst vielleicht die Mitwirkung nicht öffentlicher Personen am Unternehmen die Einfügung desselben in die öffentliche Rechtsordnung zum vorderein aus, womit die Entscheidung zugunsten des privatrechtlichen Charakters gemischter Unternehmungen gefallen wäre? Unseres Erachtens kann dieser Schluss deshalb nicht gezogen werden, weil es durchaus möglich ist, dass auch an einem öffentlichrechtlichen Verbands Privatpersonen beteiligt sind. Wie der Private Partei irgend eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses sein kann, so ist auch seine Teilnahme an einem gemischten Unternehmen, das auf öffentlichrechtlicher Basis organisiert ist, durchaus möglich.

¹⁰ v. Tuhr, Allg. Teil BGB I, S. 452.

Ist nun der private oder öffentliche Charakter des Willenssubstrates eines Unternehmens an sich noch kein entscheidendes Merkmal für die Bestimmung der internen rechtlichen Beschaffenheit des Verbandsorganismus, so wird dieses Willenselement in Verbindung mit dem Verbandszweck doch zum massgeblichen Kriterium. Wille und Willensziel sind die beiden Elemente, die, wie jedes Rechtsverhältnis, auch einen rechtlichen Organismus in seinem Wesen bestimmen. Es liegt daher dort ein Verband des öffentlichen Rechtes vor, wo an dessen konstitutivem Rechtsverhältnis ein öffentlicher Willensträger zum Zwecke der Wahrnehmung von Gesamtinteressen beteiligt ist¹¹. Andererseits gehört ein Verband dann zum privaten Recht, wenn seine Willensträger Privatpersonen sind, unabhängig davon, ob als korporativer Zweck die Verfolgung von Individual- oder Kollektivinteressen statuiert ist. Ebenso ist ein Unternehmen als privatrechtliches zu bezeichnen, wenn darin der Staat in privater Eigenschaft als Unternehmer erscheint, wenn er nicht zugunsten des Gemeinwohles tätig wird.

Wir verwenden also dasselbe Kriterium, das für die Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts überhaupt gilt, auch für die Differenzierung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Körperschaften und Anstalten, in der Meinung, dass alle Rechtsverhältnisse, also auch die sog. organisatorischen, die gleichen Elemente aufweisen und daher auch nach den gleichen Gesichtspunkten differenziert werden können. Die Rechtssätze, die einen Verbandsorganismus begründen, weisen nicht nur verfassungsrechtliche Normelemente auf¹², sondern deren jeder setzt sich aus einem rechtsbegründenden und einem pflichtbegründenden Teil zusammen; denn zwischen den Beteiligten eines jeden Verbandes bestehen gegenseitige Rechte und Pflichten. Auch das organisatorische Rechtsverhältnis wird durch eine Kompetenz- und eine Verhaltensnorm geregelt¹³, nur dass hier im allgemeinen eine Mehrheit solcher Rechts- und Pflichtverhältnisse in einem konstituierenden Rechtsakt zusammengeschlossen wird, weil eben ein Verband aus

¹¹ Vgl. S. 83 ff.

¹² Wie Burckhardt der Meinung ist. Vgl. Meth., S. 181 ff.

¹³ Auch die den staatlichen Organismus regelnden Normen sind nicht nur verfassungsrechtlicher, sondern auch verhaltensrechtlicher Natur, wie Burckhardt, Meth., S. 162 f. selbst zugeben muss.

einer Mehrheit von gegenseitig Berechtigten und Verpflichteten besteht. Der Gründung eines Verbandes kommt rechtsfunktionell keine andere Bedeutung zu als der Begründung irgend eines andern Rechtsverhältnisses, wie beispielsweise dem Abschluss eines Vertrages unter mehreren¹⁴. Beides ist Rechtssetzung in Ausübung einer verfassungsrechtlich begründeten Rechtssetzungskompetenz. Öffentlichrechtliche Korporationen und Verträge sind das Produkt öffentlicher Rechtssetzung in Form von Gesetzen oder in Ausübung freien Ermessens: private Verbände und Verträge entstehen auf Grund der den Einzelnen durch die Assoziations- und Vertragsfreiheit gewährten Kompetenz zur privaten Rechtssetzung. Was beim Vertragsschluss durch die Willenseinigung der Parteien an Rechten und Pflichten vereinbart wird, wird bei der Gründung eines Verbandes in den Statuten niedergelegt und durch den konstituierenden Beschluss der Beteiligten zum Verbandsgesetz erhoben. Und beides, die vertraglichen Normen und die statutarischen Regeln, bedürfen zu ihrer Verwirklichung der Anwendung durch den Berechtigten und der Vollziehung durch den Verpflichteten.

Der wesentliche Unterschied zwischen den einen öffentlichrechtlichen oder einen privatrechtlichen Verband regelnden Normen besteht darin, dass jene objektivrechtlichen Charakter aufweisen, während diese subjektiver Natur sind¹⁵. Das wirkt sich dahin aus, dass die Existenz und das ganze interne Rechtsleben einer öffentlichrechtlichen Körperschaft oder Anstalt nicht dem individuellen Belieben der Beteiligten anheim gegeben sind wie im privaten Verband, sondern durch das zugrunde liegende öffentliche Interesse gebunden werden. Jeder aus dem konstitutiven Rechtsverhältnis Berechtigte ist verpflichtet, sein Recht gegenüber dem Verpflichteten zur Geltung zu bringen und so dessen Verhaltenspflicht zur absolut zwingenden werden zu lassen. Nur so ist Gewähr dafür geboten, dass die Verwirklichung des dem Verband immanenten öffentlichen Rechtsgedankens zur Tatsache wird. Wie das Rechtsleben des Staates selber, soweit er in Erfüllung seiner bestimmungs-

¹⁴ v. Tuhr, OR I, S. 126; Egger, ZGB Art. 60, N. 17; Siegwart, Komm. AG, Vorbem. zu Art. 629—639, N. 18.

¹⁵ Vgl. S. 81 f.

gemässen Aufgaben auftritt, müssen auch die Rechtsfunktionen der ihm eingeordneten öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten durch ihren öffentlichen Sinngehalt sachlich bestimmt sein. Diese Verbände stellen denn auch einen Bestandteil der öffentlichen Ordnung dar¹⁶, obschon sie als vom staatlichen Behörden- und Beamtenapparat getrennte Organisationen erscheinen.

Der objektive Charakter der öffentlichrechtlichen Verbandsatzung braucht nun nicht unbedingt in der folgerichtigen Form des Gesetzes seine Ausprägung zu finden. Wohl muss ein Verband, den das Gemeinwesen um seines öffentlichen Zweckes willen auf dem Gesetzgebungswege ins Leben gerufen hat, als öffentlichrechtlicher anerkannt werden. Umgekehrt aber ist ein Unternehmen, dessen Existenz nicht auf einem formellen Gesetz beruht, nicht unbedingt ein privatrechtliches. Wenn das positive Recht die Gründung von Verwaltungskörpern dem freien Ermessen öffentlicher Behörden überlässt, so unterscheidet sich der konstitutive Rechtssetzungsakt von der privaten willkürlichen Verbandsgründung formell in keiner Weise. Ein Unterschied liegt lediglich im Zweck. Es kann deshalb als allgemeingültiges Erkennungsmerkmal des öffentlichrechtlichen Verbandes nicht die gesetzliche Forderung seines Bestandes betrachtet werden¹⁷, sondern, wie bereits ausgeführt, einzig die Tatsache, ob an dem Verband, der zur Wahrung von Gesamtinteressen begründet wird, ein öffentlicher Willensträger, sei es der Staat selbst oder eine ihm untergeordnete öffentlichrechtliche Körperschaft, beteiligt ist. Auf Grund dieses Kriteriums kann dann zurückgeschlossen werden, ob die Verbandsatzung objektivrechtliche, zwingende Eigenschaft hat, oder ob ihre Verwirklichung der Willkür der Beteiligten überlassen ist.

C. Der öffentliche Rechtscharakter öffentlicher und gemischter Verwaltungsbetriebe

Gegen die Schlussfolgerung, dass ein Verband dann öffentlichrechtlicher Natur sei, wenn er einerseits öffentlichen Willen verkörpere und anderseits einen im Gesamtinteresse liegenden Zweck

¹⁶ Egger, ZGB Art. 59, N. 8.

¹⁷ Dieser Meinung ist Burckhardt, Organisation, S. 324 f.

verfolge, vermag der Einwand nicht stichhaltig zu sein, dass der Staat seine öffentlichen Aufgaben erfüllenden Verwaltungsbetriebe zum Teil in der dargestellten Weise in privatrechtliche Formen kleide und diese Verbände daher durch ihre Form als privatrechtliche gekennzeichnet seien. Wir sind der Auffassung, dass die Rechtsform für die Rechtsnatur überhaupt nicht von Belang ist¹ und können dafür dieselben Argumente anführen, wie wir sie für die Begründung der formellen Gleichheit öffentlicher und privater Rechtsgeschäfte verwendet haben². Dass wir uns gewohnt sind, beispielsweise eine Aktiengesellschaft als selbstverständlich privatrechtlich zu betrachten, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch eine öffentlichrechtliche Aktiengesellschaft durchaus möglich ist³. Wie unsicher die traditionelle Theorie und Praxis in dieser Hinsicht sind, zeigt deutlich der Umstand, dass sie für die Festlegung der Rechtsnatur von Unternehmungen, die z. B. aktienrechtliche und öffentlichanstaltliche Merkmale in sich vereinigen, kein einwandfreies Unterscheidungsmerkmal zur Verfügung zu stellen vermögen, das die Grenze mit Bestimmtheit festlegen würde, wo ein Unternehmen aufhört, privatrechtliche Aktiengesellschaft zu sein, und wo die öffentlichrechtliche Eigenschaft beginnt. Tatsächlich kann auf Grund äusserlicher Erscheinungsformen auch keine klare Unterscheidung getroffen werden. Wenn sich in bezug auf die eine oder andere Rechtsnatur widersprechende Merkmale gegenüberstehen, bleibt nichts anderes übrig, als nach rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten zu urteilen.

So gelangte denn auch das Bundesgericht zur Auffassung, dass einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft die privatrechtliche Eigenschaft nur dann zugesprochen werden kann, wenn ihnen ein bestimmtes Mass von privater Autonomie zukommt⁴. Das Selbstbestimmungsrecht gehöre zum Wesen der privatrechtlichen Körperschaft, und wenn es nicht in einem gewissen Umfange vorhanden sei, so könne von einem privatrechtlichen Verband nicht gesprochen werden⁵. Damit wird anerkannt, dass für den Begriff

¹ Gleicher Meinung Zwahlen, S. 102.

² Vgl. S. 86 ff.

³ Obrecht, S. 65.

⁴ BGE 67 I 264.

⁵ Wieland, Handelsrecht II, S. 159.

der privatrechtlichen Körperschaft nicht nur deren formelle Erfordernisse erfüllt sein müssen, sondern dass diese Form auch den sinnentsprechenden Inhalt aufzuweisen hat. Es genügt nicht, dass die Verbandsorganisation in eine Form gekleidet ist, die wir im privaten Recht anzutreffen gewohnt sind. Wenn ihre rechtliche Ausgestaltung vom Grundgedanken des Privatrechts abgewichen ist, so vermag dies ihren privatrechtlichen Charakter zu zerstören, so dass sie als öffentlichrechtliche Körperschaft erscheint⁶.

Auch das OR schliesst Aktiengesellschaften, die wegen ihrer öffentlichen Eigenart dem allgemeinen privatrechtlichen Typus nicht entsprechen, aus dem Geltungsbereich des Aktienrechtes aus. Es sind die Gesellschaften des Art. 763, die durch kantonale Spezialgesetze gegründet wurden und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet werden. Die Rechtsnatur dieser Unternehmungen ist zwar umstritten⁷. Unseres Erachtens kommt jedoch nur deren öffentlichrechtliche Qualifizierung in Betracht. Der Titel zu Art. 763 nennt diese Aktiengesellschaften öffentliche Anstalten, wohl in der Meinung, dass es sich hier nicht mehr um privatrechtliche Institute handelt. Der Sinn des Art. 763 liegt weniger im Vorbehalt des kantonalen Rechts, als vielmehr darin, dass solche durch besondere kantonale Gesetze gegründete Gesellschaften, die einen dermassen von öffentlichrechtlichen Elementen durchdrungenen Charakter aufweisen⁸ und daher in prinzipiellem Gegensatz zu der im OR geregelten Aktiengesellschaft stehen, mit derselben nicht mehr auf eine Linie gestellt werden können. Nach der Auffassung des Bundesgerichts stellt die Beschränkung der privatrechtlichen Autonomie, wie sie in Art. 762 OR für die Aktiengesellschaft und in Art. 926 OR für die Genossenschaft vorgesehen ist, das Maximum dar, damit noch von einem Verband des Privatrechts die Rede sein kann. Eine weitergehende Ausgestaltung der staatlichen Einflussrechte hat die Unterstellung unter das öffentliche Recht zur Folge⁹. Es sind daher die Gesellschaften des Art. 763

⁶ Obrecht, S. 14; Geering, Zum Rechtsbegriff «Anstalt» (Z. schw. R., n. F. 42), S. 137.

⁷ Für die privatrechtl. Natur Arbenz, S. 12; für die öffentlichrechtl. Obrecht, S. 66.

⁸ Siegwart, Komm. AG, Einl. 89.

⁹ BGE 67 I 265 f.

OR ohne Zweifel nicht nur als kantonalrechtliche, sondern auch als öffentlichrechtliche aufzufassen.

Aus dem gleichen Grunde ist auch die bereits erwähnte auf Bundesspezialgesetz beruhende Schweizerische Nationalbank trotz ihrer aktienrechtlichen Struktur als öffentlichrechtliches Institut zu taxieren¹⁰. Die Tatsache, dass die Nationalbank-AG im Prinzip die gleichen Organe aufweist wie die gewöhnliche AG¹¹, dass sie ein in Aktien zerlegtes Grundkapital besitzt, auf das die Haftung der Gesellschaft beschränkt ist, und dass die Normen des OR subsidiär auf sie Anwendung finden¹², vermag die privatrechtliche Natur nicht zu begründen. Die Autonomie der Aktionäre ist so sehr zugunsten des Bundes als Verleiher des Notenausgaberechtes beschnitten, dass von dem Status der Aktienbank nurmehr noch die privatrechtliche Hülle übrig geblieben ist. Eigentlicher Unternehmer ist nicht die Gesellschaft, sondern der Bund, während die Aktionäre als Interessengemeinschaft von Kapitalgebern erscheinen¹³. Die Kompetenzen der Generalversammlung beschränken sich auf ganz untergeordnete Funktionen¹⁴, der Bankrat als oberstes verwaltendes Organ wird teilweise durch den Bundesrat bestellt¹⁵, und die massgebende Geschäftsleitung ist einem vom Bundesrat ernannten Direktorium anvertraut¹⁶. Die Beziehungen zwischen Bank und Bund beschränken sich somit nicht auf ein externes Aufsichtsverhältnis, das die Aktiengesellschaft in ihrem Selbstbestimmungsrecht im Prinzip unberührt lässt. Der Bund erscheint vielmehr selbst als massgebender Willensträger der Bank; denn die von ihm bestellten Organpersonen, obschon sie nicht als Behörden oder Beamte des Bundes auftreten, müssen doch als Repräsentanten des Gemeinwesens zum Zwecke der Sicherstellung der der Bank übertragenen öffentlichen Aufgabenerfüllung betrachtet werden, da sonst ihre Wahl durch den Bund keinen Sinn hätte.

¹⁰ Anderer Meinung Arbenz, S. 24; Bühler, S. 230 ff.; Erb, S. 72; Engeli, S. 6 ff. Gleicher Meinung Obrecht, S. 66.

¹¹ Vgl. NBkG Art. 30 ff.

¹² NBkG Art. 13.

¹³ Geering, S. 137.

¹⁴ Vgl. NBkG Art. 39 ff.

¹⁵ NBkG Art. 44.

¹⁶ NBkG Art. 55.

In dieser um des öffentlichen Zweckes willen verfassungsrechtlich geforderten Mitwirkung des Bundes¹⁷ an der internen Willensbildung des Noteninstitutes, durch die dessen Leben und Wirken massgeblich bestimmt wird, liegt das entscheidende Element, das der Aktienbank öffentlichrechtliches Gepräge verleiht. Die subsidiäre Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen des OR erscheint demgegenüber nicht mehr als entscheidend. Die Normen des OR gelangen unter diesen Umständen als subsidiäres öffentliches Recht zur Anwendung.

Unser Kriterium, das jene Verbände als öffentlichrechtliche bezeichnet, in denen der Staat Gesamtinteressen wahrnimmt, lässt nun aber nicht nur diese Sondergebilde, wie sie die Nationalbank und die kantonalrechtlichen Aktiengesellschaften darstellen, als Verbände des öffentlichen Rechts erscheinen, sondern auch die gemischte Unternehmung, wie sie in Art. 762 OR und 926 OR erwähnt sind, vor allem aber auch die öffentlichen Unternehmungen in privatrechtlicher Form. Das OR anerkennt zwar die Unternehmungen mit Beteiligung des Staates grundsätzlich als privatrechtliche. Auch besteht formell keinerlei Hindernis, die handelsrechtlichen Regeln als Grundlage für rein öffentliche Unternehmungen zu verwenden. Das Problem ist somit positivrechtlich entschieden. Vom wissenschaftlich konsequenten Standpunkt aus, den wir ja darzustellen versuchen, sind hingegen diese Art Unternehmungen trotzdem als solche zu charakterisieren, die grundsätzlich in das Gebiet des öffentlichen Rechts gehören. Und zwar trifft dies sowohl für diejenigen Gesellschaften und Genossenschaften zu, an denen der Staat Mitglied ist, als auch für diejenigen, die dem Gemeinwesen ein statutarisches Recht auf Abordnung seiner Vertreter in die Verwaltung und Kontrollstelle einräumen. Wo der Staat Mitglied ist, ist es klar, dass er damit am konstitutiven Rechtsverhältnis des Verbandes beteiligt ist, sei es, dass er sich mit andern öffentlichrechtlichen Körperschaften oder mit Privatpersonen zusammenschliesst. Auch ist es keine Frage, dass ein anstaltlicher Verband, der durch ein Gemeinwesen allein gegründet wird, auf öffentlichem Willen beruht. Aber auch das statutarische Recht auf Mitwirkung an der internen Willensbildung des Verbandes durch die Verwal-

¹⁷ BV Art. 39 II.

tung oder Kontrollstelle stellt eine organisatorische Rechtsbeziehung dar, die auf die Rechtsnatur von Einfluss ist. Die Statuten stellen den Normenkomplex dar, der das interne gegenseitige Rechts- und Pflichtenverhältnis der Verbandswillensträger regelt. Wer also ein statutarisches Recht besitzt, steht dem Verband nicht als externer Berechtigter gegenüber, sondern wird in die Verbandspersönlichkeit einbezogen.

Der quantitative Anteil des Staates an der Willensbildung des Verbandes spielt für die Beurteilung der Rechtsnatur keine Rolle. Auch wenn das Gemeinwesen in Generalversammlung oder Verwaltung die Mehrheit nicht besitzt, so handelt es sich doch immer um ein grundsätzlich öffentlichrechtliches Unternehmen. Voraussetzung ist dabei nur, dass die Beteiligung des Gemeinwesens zum Zwecke der Wahrnehmung von Gesamtinteressen erfolgt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so ist das die staatliche Beteiligung oder Mitwirkung begründende konstitutive Rechtsverhältnis ein öffentlichrechtliches, wie jede Rechtsbeziehung dem öffentlichen Recht angehört, in der der Staat als Vertreter des Allgemeininteresses in Erscheinung tritt.

Ebensowenig vermag die Tatsache die öffentliche Rechtsnatur zu beeinflussen, dass neben der Verfolgung öffentlicher Zwecke in dem betreffenden Unternehmen ertragswirtschaftliche Ziele verfolgt werden. Wenn die Leistung des öffentlichen Unternehmens einen gemeinnützigen Zweck erfüllt, so ist die öffentliche Rechtsnatur gegeben, ob nun diese Tätigkeit nach privatwirtschaftlichen oder öffentlichwirtschaftlichen Prinzipien ausgeübt wird, ob also auf jeden Ertrag verzichtet oder auf die Erzielung von Betriebsgewinnen tendiert wird. Das Erwerbsstreben eines Verbandes ist ein wirtschaftliches Element, das die Rechtsnatur nicht zu beeinflussen vermag. Entscheidend ist nur, ob Individual- oder Gesamtinteressen verfolgt werden, unabhängig davon, ob diese sich in finanzieller Hinsicht äussern oder nicht. Freilich wird das angestrebte Interesse vielfach im wirtschaftlichen Element in Erscheinung treten. Es braucht jedoch ein öffentlicher Zweck durchaus nicht mit der Gewährung möglichst billiger Leistungen identisch zu sein, also vermittels einer typisch öffentlichwirtschaftlichen, ertragslosen Betriebsführung erfüllt zu werden, sondern kann

gegentails in der Erzielung möglichst hoher Gewinne liegen, wie das Beispiel der Eidg. Alkoholverwaltung beweist. Aus diesem Vergleich ergibt sich mit aller Deutlichkeit, dass das privatwirtschaftliche oder öffentlichwirtschaftliche Geschäftsprinzip eines Unternehmens für dessen rechtliche Beurteilung ohne jeden Belang ist.

Deshalb ist auch die Verwendung des Begriffes der Unternehmung, die wir als einen mindestens nach dem Kostendeckungsprinzip geführten Betrieb dargestellt haben¹⁸, für eine Differenzierung der Verbände nach öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Gesichtspunkten unbrauchbar. Es handelt sich hier um einen rein wirtschaftlichen Begriff, der je nach der Natur der Willensträger und des verfolgten Zweckes unter dem Regime des einen oder andern Rechtes erscheint. Ebenso ist der Ausdruck «Gewerbebetrieb» im Sinne eines auf Erwerb ausgehenden Unternehmens für die Unterscheidung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verbände irrelevant, weil auch dieser Begriff wirtschaftlicher Natur ist¹⁹.

Von grundlegender Bedeutung für die rechtliche Erfassung der Verbände ist hingegen der Begriff der öffentlichen Anstalt, dem derjenige der öffentlichen Körperschaft in bezug auf das Verhältnis zum öffentlichen und privaten Recht gleichzustellen ist²⁰. Wir haben die öffentliche Anstalt dargestellt als einen Verwaltungsbetrieb des Gemeinwesens, der eine öffentliche Aufgabe erfüllen soll. Öffentliche Willensträger und öffentlicher Zweck sind ihre beiden wesentlichen Elemente, vereinigt auf einer betrieblichen Grundlage. Es ist der gleiche Begriff, der auch von der klassischen deutschen Verwaltungsrechtstheorie verwendet wird, die die öffentliche Anstalt als einen «Bestand von Personen und Mitteln, der technisch zu einer Einheit zusammengefasst und einem besondern

¹⁸ Vgl. S. 18 ff.

¹⁹ In der traditionellen Theorie wird der Gewerbebetrieb mit dem privatrechtlichen Unternehmen identifiziert und als solcher der öffentlichrechtlichen Anstalt gegenübergestellt. Vgl. Fleiner, Inst., S. 321 ff., Bühler, S. 101 ff.

²⁰ Vgl. über ihre Unterscheidung. S. 27. Hier kann noch beigelegt werden, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Begriffen darin besteht, dass die Anstalt durch einseitiges, die Körperschaft durch zweiseitiges, bzw. mehrseitiges Rechtsgeschäft begründet wird. Vgl. v. Tuhr, OR I, S. 123, 126, über die Entstehung der privatrechtl. Stiftung und des Vereins.

öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt ist», umschreibt²¹. Auch der französische Anstaltsbegriff des «service public» beruht nur auf diesem Merkmal der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse gelegenen Aufgabe durch den Staat²². Während aber das französische Recht die öffentliche Anstalt in konsequenter Weise einheitlich dem öffentlichen Recht unterstellt und somit öffentliche und öffentlichrechtliche Anstalt identifiziert, trennt die deutsche Theorie den Begriff in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Typ. So spricht Fleiner von öffentlichen Anstalten in privatrechtlicher Form²³, jenen widerspruchsvollen Gebilden, deren Problematik wir dargestellt haben.

Nach unserem Kriterium der Unterscheidung öffentlichen und privaten Rechts und der Abgrenzung der entsprechenden Verbände erscheint nun die öffentliche Anstalt generell als ein öffentlichrechtliches Institut, wie auch die körperschaftlich organisierte öffentliche Verwaltungseinheit grundsätzlich dem öffentlichen Recht untersteht. Die Begriffe der öffentlichen und der öffentlichrechtlichen Anstalt sind daher identisch. Alle jene Verwaltungsbetriebe, die wir eingangs auf Grund ihrer öffentlichen Zweckbestimmung und ihrer öffentlichen Trägerschaft als öffentliche Anstalten dargestellt haben, fallen somit in den öffentlichen Rechtskreis. Ob sie nach ertragswirtschaftlichen Prinzipien geführt werden und ob dem Privatrecht entlehnte Organisations- und Vertragsformen für ihre Ausgestaltung Verwendung finden, vermag diese Schlussfolgerung in keiner Weise einzuschränken. Alle die Schwierigkeiten, die sich aus dem Widerspruch der innern öffentlichen Natur und der äussern privaten Form für ihre rechtliche Erfassung ergeben, fallen damit dahin. Die öffentliche Verwaltung erscheint so bis ins letzte Glied ihrer Dezentralisation als eine von einheitlichen Rechtsprinzipien beherrschte Organisation, die ihre Aufgabe im Einklang mit dem Sinn ihrer Existenz verwirklicht.

²¹ Otto Mayer, II, §§ 51, 52 und 56; Fleiner, Inst., S. 321 ff.; Bühler, S. 7 ff.

²² Jèze, Principes généraux du Droit administratif, II, S. 2.

²³ Institutionen, S. 125.

D. Die Anwendung privatrechtlicher Normen als öffentliches Recht

Die Klassifizierung eines Verbandes als öffentlichrechtlichen hat grundsätzlich seine umfassende Unterstellung unter das Regime des öffentlichen Rechts zur Folge. Der in der Form einer handelsrechtlichen Gesellschaft organisierte öffentliche oder gemischte Verwaltungskörper erfährt daher trotz seiner äussern privatrechtlichen Gestalt eine rechtliche Behandlung nach öffentlichrechtlichen Prinzipien. Da das positive Recht jedoch in den wenigsten Fällen öffentlichrechtliche Vorschriften zur Verfügung hat, die auf solche nach privatrechtlichem Vorbild organisierte Verbände angewendet werden könnten, bleibt nichts anderes übrig, als die Normen des privaten Handelsgesellschafts- und Genossenschaftsrechts auf die öffentlichen Anstalten und Körperschaften analog zur Anwendung zu bringen. Art. 59 ZGB stellt allerdings den Grundsatz auf, dass für öffentlichrechtliche Verbände das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone vorbehalten bleibe, weraus zu folgern ist, dass die Anwendung des Bundeszivilrechts ausgeschlossen sei. Diese Auslegung wird durch die Praxis des Bundesgerichts ausdrücklich bestätigt¹.

Unseres Erachtens ist jedoch dieser Ausschluss des Zivilrechts nur in dem Sinne begründet, als privatrechtliche Normen auf öffentlichrechtliche Tatbestände nicht angewendet werden können. Hingegen steht nichts im Wege, zivilrechtliche Rechtssätze als öffentlichrechtliche Normen, d. h. unter öffentlichen Gesichtspunkten zur Geltung zu bringen. Soweit das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone auf das Bundeszivilrecht verweist, gelangen diese Normen ja auch nicht als privatrechtliche zur Anwendung, sondern als öffentliches kantonales oder eidgenössisches Recht². Es ist daher nicht einzusehen, warum dasselbe Prinzip nicht auch ausserhalb der gesetzlichen Verweisung Geltung haben soll, indem Richter oder Verwaltungsbehörde auf dem Wege der Analogie auf die Normen des Zivilrechts verweisen und dieselben in öffentlich-

¹ BGE 48 II 417, 63 II 30, 68 II 214.

² H. Meier, Die Anwendung privatrechtl. Normen im Verw.R. (Arch. öff. R. 11), S. 237; Fleiner, Inst., S. 56; BGE 48 II 418, 49 II 436, 50 II 323. 55 II 335.

rechtlicher Umdeutung zur Anwendung bringen³. Auch das Bundesgericht beschreitet in einzelnen Fällen diesen Weg, wo die Sachlage im öffentlichen Recht derjenigen des privaten Rechts völlig analog ist⁴. Bei genügender Berücksichtigung der prinzipiellen Verschiedenheit öffentlicher und privater Tatbestände lässt sich die Lückenfüllung auf dem Wege der Analogie aber auch ganz allgemein praktizieren.

Man wird für die Ergänzung des öffentlichen Rechts durch privatrechtliche Regeln den Grundsatz aufstellen dürfen, dass die Normen des Zivilrechts soweit zur Anwendung gebracht werden können, als sie nicht mit dem dem betreffenden Rechtsverhältnis zugrundeliegenden öffentlichen Interesse in Widerspruch stehen. Es kann auch der Fall eintreten, wo die Regelung des Privatrechts der Verwirklichung des öffentlichen Interesses förderlich ist, so dass die betreffenden Normen in ihrem vollen privatrechtlichen Sinne massgebend sind.

Grundsätzlich bleibt es jedoch in allen Fällen dabei, dass die einen öffentlichrechtlichen Verband regelnden Normen öffentlichrechtliche sind, ob sie nun schon ursprünglich diese Eigenschaft besitzen oder ob sie aus dem privaten Recht entlehnt worden sind. Das trifft sowohl für die Normen zu, die den Verband in seinem internen Rechtsverhältnis regeln, als auch für diejenigen, die seine öffentliche Wirksamkeit betreffen. Soweit hingegen der öffentlichrechtliche Verband nicht als Repräsentant des öffentlichen Interesses in Rechtsbeziehungen tritt, sondern als Privatperson erscheint, fällt die grundsätzliche Geltung öffentlichen Rechts dahin. Er untersteht dann der Herrschaft des Privatrechts. Das gilt vor allem für den Abschluss von Rechtsgeschäften, welche in keinem Zusammenhang mit dem öffentlichen Verbandszweck stehen, wie überhaupt für alle Beziehungen nach aussen, die vom öffentlichen Interesse nicht berührt werden⁵.

³ Siegwart, Komm. OR, Vorbem. zu Art. 530—551, N. 50.

⁴ BGE 52 II 459, 53 II 413, 54 II 254, 58 II 447, 72 II 148.

⁵ Bühler, S. 165 f.

SCHLUSSWORT

Die dargestellte Problematik der öffentlichen Verwaltung in privatrechtlicher Form und der theoretisch aufgezeigte Weg, der aus den verfassungsrechtswidrigen Verhältnissen und den Widersprüchen gegen die rechtsstaatlichen Prinzipien herausführen soll, werfen die Frage auf, was nun in praktischer Hinsicht zu geschehen hat. Theoretisch haben wir bewiesen, dass jede Unternehmung des Gemeinwesens, die einen öffentlichen Zweck verfolgt, unabhängig von ihrer Rechtsform grundsätzlich dem öffentlichen Recht unterstellt werden kann, wobei die Normen des Privatrechts als öffentlichrechtliche zur Anwendung gelangen. Leider ist nun aber dieser Weg, der zur Verfassungsmässigkeit und zur Erfüllung der rechtsstaatlichen Postulate führen würde, durch das positive Recht teilweise versperrt, so dass die praktischen Konsequenzen nach bestimmten Richtungen nur *de lege ferenda* gezogen werden können. So erfordert die Unterstellung der öffentlichen Unternehmungen in den Formen der Aktiengesellschaft und der GmbH unter das öffentliche Recht eine Norm, die den Kantonen und Gemeinden erlaubt, solche Gesellschaften ausserhalb der obligationenrechtlichen Regelung, also nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen, zu errichten, wie es gemäss Art. 829 OR möglich ist, öffentlichrechtliche Genossenschaften ins Leben zu rufen. Wie es bei der Genossenschaft geschehen ist, soll also die positivrechtliche Voraussetzung, ein öffentliches Unternehmen auch als öffentlichrechtliches zu betrachten und die Normen des Privatrechts als öffentliches Recht zur Geltung zu bringen, auch für die übrigen Organisationsformen des OR geschaffen werden, wobei die spezialgesetzlichen Fälle des Art. 763 OR miteinzubeziehen wären. Im gleichen Sinne sollten die Art. 762 und 926 OR dahingehend abgeändert werden, dass für die dort erwähnten gemischten Unternehmungen aktiengesellschaftlicher und genossenschaftlicher Natur grundsätzlich das öffentliche Recht vorbehalten bliebe, wenn auch wiederum unter subsidiärer Geltung der obligationenrechtlichen Normen als öffentliches Recht.

Die erwähnte Problematik der öffentlichen Verwaltungsführung in privatrechtlicher Form stellt die dringliche rechtspolitische Forderung, dass über die Verletzung verfassungsmässiger Freiheitsrechte und grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien nicht weiter hinweggesehen werde und daher alle Mittel ergriffen werden, um zu einem verfassungsmässigen Zustand raschmöglichst zurückzukehren, sei dies, soweit möglich, schon auf Grund des bestehenden Rechts, sei es durch die Verwirklichung der erwähnten legislativen Postulate. Die privatrechtliche und damit willkürliche öffentliche Verwaltungstätigkeit muss schliesslich in jeder Form verschwinden. Liegt schon ein Interesse der Gesamtheit vor, das die Uebernahme einer Tätigkeit durch den Staat rechtfertigt, so soll dies auch nach den adäquaten öffentlichen Rechtsprinzipien geschehen. Neue öffentliche Unternehmungen des Gemeinwesens sind daher grundsätzlich nur nach öffentlichrechtlichen Richtlinien zu errichten.

Wo kein öffentliches Interesse geltend gemacht werden kann, sollte es nachgerade selbstverständlich sein, dass damit dem Staate jede Legitimation zur Uebernahme eines Erwerbszweiges und damit zur Beeinträchtigung der dem Einzelnen gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit fehlt. Wo daher heute das Gemeinwesen als rein privater Unternehmer und nicht in Verfolgung von Gesamtinteressen erscheint und somit den privaten Wirtschaftsraum durch seine Konkurrenz beschränkt, muss ihm die Verfassungsrechtswidrigkeit seiner Unternehmungen entgegengehalten und deren sofortige Einstellung verlangt werden, wobei in neuen Fällen dem Einzelnen die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 31 BV zur Verfügung steht.

Leider wird im allgemeinen viel zu wenig gegen das Eindringen der öffentlichen Hand in die Privatwirtschaft Stellung genommen. Das öffentliche Gewissen lässt sich gerade dadurch vielfach beruhigen, dass die betreffenden Unternehmen des Gemeinwesens in privatrechtlicher Form in Erscheinung treten. Tatsächlich liegt aber eben doch ein Staatsbetrieb vor und bedeutet jede Wirksamkeit der öffentlichen Hand auf wirtschaftlichem Gebiet, sei ihr Rechtskleid wie es wolle, einen Schritt vom freiheitlichen demokratischen Staat hinüber zum sozialisierten totalitären Staat. Vollzieht sich diese Umwandlung der Wirtschaft unter dem Deckmantel des Privatrechts,

so ist das Resultat nicht etwa abgeschwächt, sondern gegenteils von viel gefährlicherer Tragweite, weil so die staatliche Wirksamkeit die Gestalt eines willkürlichen Machtregimes annimmt.

Interessant ist übrigens die Feststellung, dass die öffentliche Wirtschaft das Bedürfnis hat, für ihre Unternehmenstätigkeit gerade jene liberalen Wirtschafts- und Rechtsprinzipien zu verwenden, die nach Ansicht der Befürworter der Verstaatlichung nicht geeignet sein sollen, ein sozial gerechtes und gesundes Wirtschaftsleben zu gewährleisten. Liegt in der Verwendung privater Rechtsformen und privatwirtschaftlicher Grundsätze durch die öffentliche Wirtschaftstätigkeit nicht ein Eingeständnis, dass doch nur die freie, auf der Initiative und der persönlichen Leistung des Einzelnen beruhende Wirtschaft zu einem für die Gesamtheit befriedigenden Erfolg führt? Tatsächlich muss jene Volkswirtschaft als die gesündeste angesprochen werden, die die wirtschaftliche Unternehmenstätigkeit des Einzelnen sich in Freiheit entfalten lässt und die möglichst wenig für die Reglementierung und Kontrolle dieser produktiven Kräfte aufwendet. Freilich müssen auch Persönlichkeiten vorhanden sein, die die Fähigkeit haben, eine freie Wirtschaft zur Blüte zu bringen und die das nötige soziale Verständnis in der Ausübung ihrer Freiheit besitzen. Sind solche Wirtschaftsführer nicht vorhanden, so wird sie aber auch eine verstaatlichte Wirtschaft nicht ersetzen können; denn wenn schon erfolgreiches Unternehmertum gedeihen soll, so kann dies nur in der Freiheit geschehen, weil nur die Freiheit dem Leben den Reiz zu geben vermag, der die Persönlichkeit zur höchsten Entfaltung ihrer Kräfte veranlasst.

— :: —

CURRICULUM VITAE

Ich wurde 1916 in Zürich geboren, wo ich die Schulen bis zur Maturität an der Kantonalen Handelsschule besuchte. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Zwei Semester studierte ich an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Paris. Während eines Vierteljahres hatte ich ferner Gelegenheit, bei einem Pariser Advokaten Einblick ins französische Rechtsleben zu nehmen. Die Doktorexamen bestand ich während der Aktivdienstzeit auf Grund der Interimsbestimmungen für mobilisierte Studenten. Anschliessend vollendete ich neben kaufmännischer Tätigkeit die vorliegende Dissertation.

